RFJ

REVISTA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

No.3
Enero-Junio
2018

Portada: Portón de la antigua Universidad Católica del Ecuador,
acuarela de Oswaldo Muñoz Mariño.
Cortesía del alumno fundador Dr. Alfredo Fuentes Roldán.





Revista Facultad de Jurisprudencia

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Número 3
Enero-Junio 2017

ISSN: 2588-0837

Pontificia Universidad Católica del Ecuador
www.puce.edu.ec

AUTORIDADES

QUITO, ECUADOR

2018

Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Quito, Ecuador
www.edipuce.edu.ec

Esta revista se adscribe dentro de las actividades jurídico-investigativas realizadas por la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

ISSN: 2588-0837
URL: www.revistarfjpuce.edu.ec



Quito, Ecuador, 2018
EDITADO EN ECUADOR - EDITED IN ECUADOR



Revista Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Número 3
Enero-Junio 2018

ISSN: 2588-0837

SUMARIO DE LA REVISTA

EDITORIAL..27

AGRADECIMIENTOS Y PRESENTACIÓN..........................31

ARTÍCULOS...35

Eficiencia de la Normativa Penal Ecuatoriana: Análisis Económico de los Delitos Menores

Efficiency of the Ecuadorian Criminal Law: Economic Analysis of Misdemeanors

Ab. Michelle Estefanía Cárdenas Vargas
Investigadora Jurídica, Suárez & Sánchez Abogados....................................... 37

La Influencia de la Interdisciplinariedad en el Razonamiento Jurídico de los Jueces y Abogados

The Influence of Interdisciplinarity in the Juridical Reasoning of Judges and Lawyers

Gabriela Estefanía Coronel Loayza
Investigadora Jurídica, Estudio Vaca & Asociados

Mgtr. Jessahé Carla Navarrete Villalba
Docente titular PUCE (Facultad de Jurisprudencia)....................................... 61

La Enseñanza del Derecho como un Espacio de Conflicto en una Sociedad Diversa: Aportes para el Debate

Teaching Law as a Space of Conflict in a Diverse Society: Contributions to Debate

Dr. Efrén Ernesto Guerrero Salgado, PhD.
Docente Titular Principal PUCE Quito 81

Desplazamiento Forzado de los Pueblos Indígenas como Consecuencia del Conflicto Armado: Un Estudio a partir de la Sentencia T-025/2004 de la Corte Constitucional Colombiana

Forced Displacement of Indigenous Peoples as a Result of the Armed Conflict: A Study from the Sentence t-025/2004 of the Colombian Constitutional Court

Dra. Sorily Carolina Figuera Vargas, PhD.
Docente Titular PUCE Quito (Facultad de Jurisprudencia) 99

Aplicación Temporal de la Ley Penal, Validez y Eficacia en Infracciones de Agresión al Estado

Temporary Application of Criminal Law, Validity and Effectiveness in Aggressions to the State

Renata Melissa Yunda López
Investigadora Jurídica, Blue Wave Ybstelcom S.A. 119

El Régimen de Copropiedad y sus Problemas Jurídicos

The Copyright Regime and its Legal Problems

Mgtr. Gonzalo Lascano Báez
Decente titular PUCE (Facultad de Jurisprudencia)

María Gabriela Morillo Chamorro
Investigadora Jurídica, PUCE Quito 143

Tareas Pendientes: Los Deberes Humanos

Pending Tasks: Human Duties

Dr. Emilio Germán Ardiani Alvariza, Mgtr.
Profesor de Derecho Constitucional y Ética Profesional............................ 159

Derecho Hodierno: Utilidad del Deductivismo en la Praxis Orientada al Ideal Eficaz

Hodiernal Right: Deductivism Utility in the Praxis Aims to the Efficacious Ideal

Valeria Freire Yacelga
Investigadora Jurídica, TAXFIRM 199

La Retórica Jurídica y el Derecho Penal

Legal Rhetoric and Criminal Law

Dennis Valeria Encalada González
Investigadora Jurídica, Equimacon S.A. 215

Alcances Típicos del Delito de Feminicidio. Un Análisis del Acuerdo Plenario Nº 001-2016/CJ-116

Typical Scope of the Crime of Feminicide: An Analysis of the Penary Agreement No. 001-2016 / CJ-116

Dr. Rafael A. Vega Llapapasca, Mgtr.
Profesor universitario e investigador Jurídico UNMSM 237

Delitos Tributarios como Actos Criminales Previos al Delito de Lavado de Activos

Tax Crimes as Criminal Acts Previous to the Crime of Money Laundering

Dr. Fidel Nicolás Mendoza Llamacponcca, PhD
Investigador Jurídico, USIL y profesor Universitario 255

¿La constancia de posesión y/o una licencia de construcción justifican la posesión y por ende no deviene en precario?

Does proof of possession and / or a construction license justify possession and therefore does not become precarious?

Dr. Juan Abelardo Villanueva Alarcón, Mgtr.
Investigador Jurídico, UNMSM y Villanueva Abogados 297

La Argumentación Jurídica y la Declaración de Culpabilidad o Inocencia del Procesado

The Legal Argument and the Declaration of Guilt

Esteban Alejandro Guamán Ramos
Investigador Jurídico, Estudio Jurídico Cevallos & Noboa............................ 321

INFORME LEGAL...355

De Derecho: Un Análisis de la Sentencia N° 001-17-SAN-CC. Caso N° 0096-09-AN

Rules of Law: An Analysis of the Veredict No. 001-17-SAN-CC. Case No. 0096-09-AN

Marylin Poulette Pinto Silva
Investigadora Jurídica, Estudio Vaca & Asociados 357

Informe Legal No 01 - 2017 - Corte Constitucional

Legal Inform No 01 - 2017 - Constitutional Court

Valeria Monserrath Sánchez Morales
Investigadora Jurídica, Estudio Jurídico Cevallos & Noboa 369

EDITORIAL

La Revista Facultad de Jurisprudencia (RFJ) de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador - PUCE es una publicación científica continua y semestral (Enero-Junio) (Julio-Diciembre) publicada por el Centro de Publicaciones y bajo el auspicio de la Dirección de Investigación de la Universidad. La modalidad de publicación continua cierra el 30 de junio y el 31 de diciembre de cada año. Sin embargo, la RFJ se encuentra abierta a recibir artículos a lo largo de todo el año. Su énfasis es el ámbito de lo jurídico y (entendido "prima facie" en un sentido teórico) su relación con otras disciplinas, saberes y ciencias. Puede utilizar el sistema de "especiales temáticos" en cualquiera de sus convocatorias.

En su segunda época, constituye un homenaje a la Revista inicial, publicada en 1999 y es resultado del invalorable apoyo recibido por parte del Dr. Efrén Guerrero Salgado, actual Decano de la Facultad de Jurisprudencia, quien durante todo el proceso, actuó decididamente para facilitar las condiciones que permitieron el resurgimiento de la revista. A él debemos la portada y la aprobación final por parte de las unidades competentes que hicieron posible esta edición. Se edita en castellano, inglés, francés, italiano y portugués. Aborda temas desde una perspectiva exegética, multi y transdisciplinar. Por lo tanto, está dedicada al análisis crítico de la problemática nacional e internacional del Derecho en todas sus áreas. Incluye artículos de científico-jurídicos, revisiones, análisis de actualidad, investigaciones, recensiones de libros, notas de investigación, notas de revisión, informes, miscelánea y traducciones originales.

La propuesta se encuentra en el marco de la misión de la PUCE, y busca contribuir de un modo riguroso y crítico, a la tutela y desarrollo del Estado de Derecho, la dignidad humana y de la herencia cultural, mediante la investigación, la docencia y los diversos servicios ofrecidos a las comunidades locales, nacionales e internacionales.

El Consejo Editorial y de evaluadores externos está integrado por destacados académicos de las ciencias sociales de diferentes Universidades de Latinoamérica, Europa, Estados Unidos y Oceanía. Estos de forma conjunta al Equipo de Gestión Editorial conforman el Comité Editorial de la RFJ.

La Revista está abierta a la recepción de artículos durante todo el año, dentro de las fechas límites de cada uno de los números. Los documentos recibidos y seleccionados para publicación cumplirán con el sistema de revisión anónima por el sistema de «doble ciego» y las pautas reglamentarias establecidas.

Finalmente, se invita a todos los docentes e investigadores a que participen y compartan con nosotros futuras contribuciones.

Dirección RFJ

A la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

AGRADECIMIENTO Y PRESENTACIÓN

La Pontificia Universidad Católica del Ecuador como alma mater del conocimiento de las diversas disciplinas del saber, consciente que el núcleo fundamental de nuestra vivencia académica es la investigación y, por lo tanto, la promoción de espacios de participación para la producción científica, agradece:

Al equipo de investigación y publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia. Al equipo de asistencia editorial conformado por Renata Melissa Yunda López, René Gálvez Degado, Mariana Lozada Mondragón, Amparo Álvarez Meythaler y Edwin Javier Lamiña Singo.

A los revisores que actúan como pares ciegos verificadores de contenido y los lineamientos generales investigativos de la revista y la formulación y acoplamiento técnico de su estructura. A los autores que con su activa colaboración permiten el desarrollo de una investigación integral en el ámbito de la ciencia jurídica.

A la Dirección de Investigación y al Centro de Publicaciones por su invalorable apoyo durante el proceso de establecimiento y consolidación de la RFJ.

La RFJ representa un aporte original, fruto del trabajo coordinado de los miembros de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y prestigiosos académicos internacionales.

El proyecto editorial surge a partir de la iniciativa de la Facultad de Jurisprudencia que con gran dedicación generó el espacio propicio de interacción y colaboración científica, que facilitó el arduo proceso de elaboración documental que esta publicación conllevará. Así mismo, la exhaustiva revisión y aprobación por parte de pares externos no se puede dejar sin mención.

Por lo tanto, se puede concluir que la RFJ introduce un elevado grado de originalidad y trascendencia para la literatura jurídica nacional e internacional y favorece a la sociedad ecuatoriana en su conjunto. En ese sentido, debo reiterar que, a través de esta revista, la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y su Facultad de Jurisprudencia

contribuye de modo incólume, con el progreso en la enseñanza del Derecho como disciplina científico-humanista.

Dr. Efrén Guerrero Salgado
Decano de la Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

ARTÍCULOS

Eficiencia de la Normativa Penal Ecuatoriana: Análisis Económico de los Delitos Menores

Efficiency of the Ecuadorian Criminal Law: Economic Analysis of Misdemeanors

Ab. Michelle Estefanía Cárdenas Vargas
Investigadora Jurídica, Suárez & Sánchez Abogados

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 3, 2018, pp. 37-59, ISSN 2588-0837

RESUMEN: este documento introduce el análisis económico del Derecho Penal, específicamente de los delitos menores en el Estado ecuatoriano; se enfoca en un estudio teórico de las circunstancias que motivan al delincuente a cometer actos ilícitos e incurrir en la comisión de delitos menores, las penas contempladas como sanción de estos actos y el costo que representa para el Estado la existencia de este tipo de contravenciones. El enfoque del estudio parte de las herramientas otorgadas por la microeconomía para indicar la responsabilidad del sujeto que comete delitos menores y la respuesta del Estado ecuatoriano frente a este tipo penal, con el fin de mejorar las políticas públicas y de este modo conseguir el bien social.

PALABRAS CLAVE: derecho penal, delitos menores, contravenciones, costo-beneficio, incentivos.

ABSTRACT: this paper develops and indicates the economic analysis of criminal law, specifically misdemeanors in Ecuador. It focuses on a theoretical study of the circumstances that motivate the offender to commit unlawful acts and incur the commission of minor offenses, the penalties referred to as a sanction for these acts and the cost to the state. The document is focus on a study of law based on microeconomics science to indicate the responsibility of the subject who commits minor offenses, how the country responses to these actions and the way it tries to avoid offenses improving public policies.

KEY WORDS: criminal law, minor offences, contraventions, cost-benefit, incentives.

INTRODUCCIÓN

El objetivo del artículo es realizar una revisión teórica a partir de lineamientos de análisis económico del Derecho Penal, con el fin de entender la conducta detrás del cometimiento de delitos menores en el Ecuador. En ese sentido, se aplicarán supuestos metodológicos de la economía del Derecho considerados idóneos para establecer y conocer la estructura, procesos e impactos económicos de la ley y de otras instituciones (reglas) legales. A partir de lo expuesto, se asumirá que el objetivo del análisis económico de los delitos menores será describir el impacto (*oportunidades percibidas*) que una norma tiene sobre el individuo y si el contenido de la misma entendida a manera de costo potencial tiene incidencia o no en la realización de una conducta entendida por el ordenamiento como "antijurídica".

Además, en el artículo las contravenciones e infracciones serán entendidas como aquellas acciones que consisten en ilícitos considerados como meros actos de desobediencia, que consecuentemente afectan la paz social y el bien jurídico protegido. El estudio de este tipo de delitos se enfocará en la responsabilidad penal y cómo esta interactúa con la economía a través de la creación de políticas públicas y la consideración de su grado de eficiencia social.

En cuanto a la propuesta metodológica, se recopilarán publicaciones jurídicas de autores nacionales e internacionales con la finalidad de establecer el nivel del alcance conceptual. El problema radica en que en Ecuador no se ha realizado un análisis económico jurídico de los delitos menores frente a las normas legales existentes, por esta razón es necesaria esta investigación y análisis; además, se debe revisar la teoría del contenido de dichos delitos, su importancia y relevancia para la sociedad. Después de realizar la recolección y estudio de datos, se analizará su relación con la realidad del Ecuador en referencia a la información encontrada. Adicionalmente, en el documento se desarrolla una introducción histórica del análisis económico del derecho penal, posteriormente el desarrollo del tema de infracciones y delitos menores, eficiencia de la norma, las causas que provocan la comisión de delitos y las penas sancionatorias de estos. Se aplica la metodología previamente descrita con el objetivo de investigar el impacto económico de la ley y del derecho penal, en la comisión de delitos menores.

Se pretende también conocer el contenido teórico de los delitos menores dentro del Estado ecuatoriano, indagar los preceptos del análisis económico del Derecho Penal para que de este modo se logre elaborar un documento en el que se evidencie la realidad económica del cometimiento de los mismos del Ecuador.

1. HISTORIA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PENAL

La Economía tiene una relación con el Derecho, esto se establece desde la discusión hobbesiana sobre la propiedad en el siglo XVII. El análisis económico del Derecho resurgió en la década del 60, en el que Bentham tuvo un papel importante e influyente referente al análisis económico del Derecho y su doctrina.

Aquellos que no son economistas tienden a asociar a la Economía con el dinero, el capitalismo, el egoísmo, una concepción reducida e irreal de la motivación y el comportamiento humano. (Posner, R. 2002)

Denominado en los términos de la cultura anglosajona como *law and economics* el análisis económico del Derecho define un campo de aplicación de la teoría económica (principalmente la Microeconomía y las bases conceptuales de la economía del bienestar) al examen de la formación, estructura, procesos e impactos económicos de la ley y de las instituciones jurídicas.

Cabe destacar que todo comportamiento humano acarrea consecuencias de carácter económico, ya sea directa o indirectamente, sin ser una excepción el Derecho Penal y por estas razones merece ser analizado a partir de las herramientas proporcionadas por la ciencia económica.

La historia del Derecho Penal presenta un largo recorrido, actualmente se pretende ir más allá de conceptos, por esta razón es necesario realizar investigaciones jurídicas, penitenciarias, sociológicas e históricas de esta rama del Derecho; situación que produce el agrandamiento de la ratio penal.

2. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PENAL – DELITOS

La teoría del crimen puede ser analizada desde la perspectiva económica, en este caso, se desarrolla sobre la comisión de delitos menores en el Ecuador. Es importante establecer que el delito, antes de ser objeto esencial del Derecho Penal, se entiende como un fenómeno social, y por esta razón ha sido interés de estudio de otras ciencias sociales además del Derecho. (Barroso, J. 2015).

En 1968 Becker publicó el artículo "*Crime and Punishment: An Economic Approach*" en él presentó una visión completamente nueva del comportamiento criminal. La obra es uno de los puntos de partida de la teoría económica del delito, que ofrece un modelo que pretende predecir el comportamiento delictivo y establecer un objetivo para el Derecho Penal. La teoría del comportamiento delictivo sostiene que el delincuente compara el beneficio de cometer un delito con el costo o daño que supone el castigo esperado establecido por la normativa en materia penal.

Mercado, P. (1994), indica que existe la posibilidad de valorar en el campo económico bienes y fenómenos no mercantiles o patrimoniales, frente a esto Becker señala que los comportamientos humanos son producto de la sociedad económicamente establecida, situación que es aplicable en los casos de cometimiento de delitos; este comportamiento es el resultado del medio que lo rodea y de la economía coyuntural. Es necesario acotar que todo accionar humano lleva un costo implícito y por lo tanto no existe actividad desarrollada por una persona que no se vincule con un valor económico.

El delito es la infracción de una norma jurídica.; frente a este, se encuentran los medios para combatirlo. Según Funes, M. (1953), el instinto de conservación y de lucha se constituyen en medios para atacar el delito; esto debido al predominio de la esencia primitiva del hombre, lo cual se podría considerar que evita el progreso de la cultura en la actualidad.

La existencia de una considerable cantidad de tipos penales se considera como un problema en la rama del Derecho relativo a esa materia, esto debido a la cantidad de bienes tutelados, extendiendo así el campo de investigación del tema de delitos convencionales y su estudio económico, puesto que es necesario establecer la efectividad

de la norma frente a los mismos y si la pena que conlleva este tipo de infracciones es justa y eficaz.

Dentro del delito se encuentran elementos constitutivos y elementos esenciales, la ausencia de estos provoca la inexistencia del delito, mientras que las atenuantes y agravantes no afectan directamente al delito ya que se refieren exclusivamente al cálculo de la pena y la severidad de la misma de acuerdo a los hechos y circunstancias referentes a la comisión del delito. (Nieto, A. 2013)

Es evidente que la ley y la economía interactúan en formas distintas, a través de este análisis se pretende indicar y destacar la convergencia del Derecho Penal y la Economía, específicamente en el ámbito de los delitos menores y la eficiencia de las políticas públicas existentes para este enfoque.

El Derecho Penal busca la protección del bien jurídico, entendido como aquel objeto cuya tutela penal está justificada y por lo tanto las leyes lo amparan. El objeto del delito debe ser necesariamente un derecho subjetivo natural de la persona. En este punto entra el poder punitivo del Estado para proteger el bien jurídico y en caso de vulneración del mismo, sancionarlo, lo que constituye una relación entre el Estado y ciudadano y poder - libertad.

3. INFRACCIONES Y DELITOS MENORES

El Derecho es una ciencia social sujeta a grandes cambios, puesto que evoluciona con la sociedad. En el caso del Derecho Penal, este abarca una cuidadosa selección de bienes jurídicos protegidos. El texto punitivo se basa en un pensamiento técnico-criminal, en el que se establecen delitos menores como contravenciones e infracciones.

Según Ferrajoli, L. (1992), se conoce como delitos menores o contravenciones a aquellos que consisten en infracciones de poca monta o en meros ilícitos de desobediencia. Por su parte, Luis Rodríguez Manzanera expone que el delito es "la acción u omisión que castigan las leyes penales, es la conducta definida por la ley".

Al analizar económicamente al Derecho Penal, específicamente a los delitos menores, se busca obtener resultados que demuestren el costo de la comisión de los mismos dentro del Ecuador. Se debe señalar que el

coste no es de mercado, sino que se enfoca en la responsabilidad, leyes y consecuencias de los mencionados delitos. (Favoreu, L. 1999).

En Ecuador, las sanciones para la comisión de delitos menores incluye penas privativas de libertad, situación que significa una gran inversión del Estado para proteger el bien que ha sido vulnerado.

Es importante considerar que el análisis económico del Derecho Penal, parte del supuesto que la persona que comete delitos es racional como todos los seres humanos, esta situación se estudia mediante el uso de herramientas económicas que establecen la reacción del delincuente frente a la norma existente, de este modo se evidencia la eficiencia de la ley al tipificar los delitos (menores).

Es necesario mencionar que existen diferentes niveles de penas, así como grados de culpabilidad y responsabilidad, criterios que son necesarios para llegar a una pena justa, ya que se requiere que la pena sea congruente con el delito y respete el debido proceso, criterio que debe considerarse al momento de aplicar una acción sancionatoria por la comisión de delitos menores.

Asimismo, Hassemer, W. (1998), presenta una propuesta diferente al separar el nuevo Derecho Penal con respecto a las contravenciones. Esta teoría, pretende despenalizar el derecho pero no administrativizarlo, propone una rama nueva de la ciencia jurídica, identificada como "Derecho de Intervención".

El jurista establece que el Derecho Penal moderno rompe las construcciones dogmáticas del Derecho Penal clásico; su finalidad consiste en modernizarlo y permitir la extracción de "determinados tipos y, conjuntamente con ilícitos que no son penales pero que pertenecen al ámbito jurídico sancionatorio, por ejemplo, las contravenciones, y de este modo se cree un derecho nuevo, el "Interventionsrecht". Este derecho de intervención según Hassemer, W. (1998) "se situaría entre el Derecho administrativo sancionador (básicamente el derecho de contravenciones o de ilícitos administrativos) y el Derecho Penal".

4. EL DELITO COMO ACTO INEFICIENTE

El análisis económico de los delitos menores se basa en la teoría consecuencialista, que indaga en el cometimiento de este tipo de fenómenos jurídicos penalmente relevantes, reconoce que el delito es aquel acto socialmente indeseable y que produce consecuencias dañinas, por lo tanto su perjuicio es mayor que el beneficio social, hecho que establece la importancia y necesidad de buscar las medidas para evitarlo.

El delito se constituye como un hecho ineficiente porque no beneficia a la sociedad, según Sánchez, J. (1996), "se caracteriza por la transferencia puramente coactiva de riqueza realizada al margen del Estado". Situación que tiene concordancia con lo establecido en la legislación ecuatoriana indica que el delito es la conducta típica y antijurídica, es decir contraria a la norma. Este precepto se fundamenta en el principio *mallum actionis* que indica que si el delito fuera beneficioso no sería necesario evitarlo ni sancionarlo por lógicas razones.

En referencia a esta postura, Posner, R. (2002), indica que la economía es la ciencia de la elección racional, trata de conseguir su propio interés en la mayor medida posible, situación que corresponde a incentivos. Dentro de este punto se analiza el Derecho Penal a partir de la ciencia económica, se establece que los sujetos que cometen delitos son racionales y para su actuar realizan cálculos de costo beneficio de cada acción para así establecer su eficiencia.

Una vez realizado este análisis de costo beneficio la persona decide si comete o no el delito, depende también de las circunstancias que lo rodean y modifican su decisión. Según Shavell, "un sujeto comete un delito si la sanción esperada es menor a los beneficios privados esperados de la comisión del acto". (Sánchez, J. 1996).

Son los precios (monetarios o no) los que llevan a las personas a esos equilibrios y que el orden jurídico tiene la virtualidad de imponer sanciones y restricciones capaces de afectar los incentivos individuales al momento de tomar decisiones. (Rojas, R., Schenone, O. y Stordeur E. 2012).

En aquellas economías con elevados grado de educación, salario real, y productividad marginal del trabajo, los agentes poseen una utilidad de reserva alta, y como además generalmente la justicia ejerce un rol eficaz, el incentivo a cometer crímenes es muy bajo, o se cometen pocos crímenes pero de alto valor económico. (Milei, J. G. y Gabilondo, 1999).

Por tanto el individuo decide sí comete o no un acto ilícito de acuerdo con el beneficio que puede recibir y solo si la sanción no es mayor al incentivo que recibe. En este punto los delitos menores o contravenciones no provocan conmoción social y son de poca monta por esta razón se debe conocer que es lo que motiva su comisión y si el beneficio es efectivo como para inferir en dicha acción.

Delitos menores o contravenciones dentro de la legislación ecuatoriana.

El Código Orgánico Integral Penal engloba a la normativa sustantiva y adjetiva de la materia en Ecuador; dentro de este se encuentra establecido el catálogo de delitos y por lo tanto las contravenciones (delitos menores) y sus sanciones. Existen cuatro clases de contravenciones en referencia a su gravedad y sanción, además se incluye una sección enfocada en las contravenciones que ocurren en escenarios deportivos y de concurrencia masiva.

Las sanciones para las contravenciones van desde trabajo comunitario hasta sanción privativa de la libertad de treinta días, depende de la clase a la cual pertenece y se incluye la prohibición de ingreso a todo escenario deportivo y de concurrencia masiva hasta un año.

A partir de lo establecido en el Código Orgánico antes mencionado, nace la interrogante de conocer la razón por la cual se puede incidir en la comisión de delitos menores si la sanción se concibe como mayor a cualquier tipo de beneficio al que pueda aspirar el sujeto que infringe la ley, si bien el incurrir en contravenciones perjudica directamente a su autor y se basa en acciones que pueden ser evitadas simplemente cuando se presta la atención debida y discernir acerca del incentivo, que para el caso es mínimo en comparación a la sanción que incluye privación de la libertad.

Con la finalidad de corroborar lo mencionado, se puede indicar que una contravención de tercera clase consiste en que "la persona que cierre las puertas de emergencia de los establecimientos de concurrencia masiva, que impidan la evacuación de personas", su sanción es pena privativa de la libertad de diez a quince días.

La decisión de ejecutar la acción depende directamente del sujeto y su raciocinio, pero cuál es el beneficio que esta persona percibe,

esto solo lo puede responder el accionante, pero sin duda el perjuicio social es inminente. Dentro de esta relación, la interrogante sería qué incentivo recibe el delincuente o contraventor para ocasionar el daño y asumir la privación de libertad de quince días.

Un punto controversial que cabe mencionar en el presente caso es que si la sanción fuera mayor posiblemente la reacción y análisis costo beneficio del sujeto sería distinta e incluso se evite el cometimiento de dicha acción antijurídica punible, esto sucede debido a que el perjuicio se volvería mayor a cualquier posible beneficio; razón por la cual se puede llegar a determinar que el beneficio que el contraventor recibe es únicamente el hecho de sobresalir entre las demás personas, sin importar la causa, su incentivo es llamar la atención del medio que los rodea y sobresalir, pese a las consecuencias existentes.

Principalmente esta sería la lógica de quienes cometen delitos menores, puesto a que no causan mayor conmoción social y no perjudican gravemente el bien jurídico protegido por el Estado, realizan acciones contra la ley con el propósito de destacar, ya que el beneficio no es otro más que este.

5. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El Derecho Penal tiene la finalidad del control social por parte del Estado con el objetivo de mantener la paz en los países garantistas. Esta rama del Derecho busca proteger el bien jurídico, entendido como los bienes materiales e inmateriales que se encuentran dentro del Estado y se encuentran amparados por el Derecho.

Para que el delito se constituya como tal, debe existir la vulneración del bien jurídico protegido. El daño irrogado afecta directamente la propiedad del bien jurídico protegido por la punición de este hecho. Al respecto, Rocco, afirma que “el que niega la existencia de un derecho subjetivo de punir al Estado, se cierra la posibilidad de comprender y fundamentar el sistema del Derecho Penal”.

En caso de vulneración de los considerados bienes jurídicos, se ejecuta el poder punitivo del Estado o *ius puniendi*, se lo conceptualiza como la capacidad para juzgar o derecho para castigar que tiene el Estado, es menester destacar que este es el único con facultades para conocer y decidir sobre la existencia de un delito y la aplicación de la

pena. A partir del mismo, se organizan las relaciones entre las leyes penales y la libertad y derechos de los ciudadanos.

Respecto al *ius puniendi*, Ramiro Ávila (2008), sostiene que: "El poder punitivo es una de las formas de intervención en el ejercicio de los derechos humanos, que se justifica solo cuando es estrictamente necesario y cuando atenta contra bienes jurídicos que están constitucionalmente protegidos". Jorge Zabala Baquerizo indica que, "no toda conducta debe ser criminalizada al capricho del legislador, sino solo aquellas mínimas que afectan de manera grave al bien jurídico que se pretende proteger".

En el caso de infracciones y contravenciones el Estado impone sanciones cuando se altera el orden social, ya sea por acciones u omisiones cuya responsabilidad recae en una o varias personas, se busca reparar el daño ocasionado y para esto únicamente el Estado tiene la potestad de hacerlo, a través de los mecanismos que la ley le otorga.

El sujeto delincuente frente al sujeto no delincuente

El comportamiento delictivo de una persona depende directamente de su raciocinio y sus condiciones de elección frente al hecho de tomar decisiones, después de analizar el incentivo que puede obtener como lo establece Sánchez, J. (1996). Esta conceptualización se fundamenta en que el pensamiento criminológico no se basa en conocer las causas que motivan al individuo a delinquir, o si estas son naturales, adquiridas, temporales o causadas por simples impulsos.

El objetivo del análisis económico de la comisión de delitos menores es establecer que la conducta delictiva parte de la racionalidad del ser y la lógica de sus decisiones; lo que indica que entre el delincuente y otros sujetos no existen diferencias estructurales, esto significa que no se considera delincuente a un sujeto por sus condiciones patológicas ni fisiológicas. (Álvarez F. 1988).

La situación determinante para incurrir en infracciones y contravenciones es el incentivo que la persona recibe y el beneficio de este, ya que todas las personas son iguales considerándolo de forma intrínseca. Por lo tanto, la teoría económica del delito se basa en la existencia del cálculo costo-beneficio.

En contraparte a este argumento, Radbruch manifiesta que "(...) el hombre delincuente no está en absoluto en condiciones de ponderar fríamente ventajas e inconvenientes de su conducta y elegir el camino más beneficioso para él, que más bien es preciso corregirlo, esto es, alzarlo para que obtenga su propio interés y siga su interés correctamente entendido".

Según, Galindo, L. y Catalán, H. (2007), el fenómeno de la criminalidad es complejo y cuenta con diversas dimensiones y dependen de forma negativa respecto de la probabilidad de captura frente a la severidad de la sanción. Se menciona que depende también de la tasa de desempleo.

Existen varias teorías y postulados en contra de la teoría del *homo economicus*, con justa razón y debidamente motivadas. Sin embargo cabe mencionar la postura de Posner al indicar que en todas las actividades que realizamos está implícito el costo de oportunidad y análisis costo-beneficio, y el cometimiento de delitos menores no es la excepción, pues implica un análisis y se limita por la pena y su severidad.

Dentro de esta teoría racional o cognitiva del cometimiento de delitos, infracciones y contravenciones; el beneficio que el sujeto que infrinja la ley se puede establecer como incentivo perverso, lo que significa que él gana a costa de otras personas que reciben el daño, en al caso de las contravenciones o delitos menores se perjudica el bien jurídico protegido

6. FUNCIÓN DE LA PENA CONTEMPLADA POR LA COMISIÓN DE DELITOS MENORES

Siempre ha sido motivo de debate y discusión la relación existente entre el acto delictivo su consecuente reacción punitiva, es decir, la pena. Son varios los criterios que se deben tomar en consideración para imponer una sanción, primero es menester indicar que un acto está sujeto a una pena cuando así lo establezca la ley, de lo contrario no existe delito; de esta forma hace alusión al axioma de derecho "*nulum crime sine lege, nula poena sine lege*".

Dentro del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, se consagra este principio en el numeral 3, el que señala lo siguiente: "nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como in-

fracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento".

La constante discusión referente a la finalidad de la pena hasta cierto punto ha desviado la atención sobre la materialidad de la misma. Las penas no se consideran sumamente graves o severas, dependen directamente del tipo de contravención cometida y las mismas van desde trabajo comunitario hasta treinta días de pena privativa de libertad, esto en los casos más graves.

Se debe mencionar que existen diferentes niveles de penas, para diferentes grados de culpabilidad y responsabilidad, criterios que son necesarios para llegar a una pena justa, pues es necesario que la pena sea congruente con el delito y respete el debido proceso, principio que es respetado al momento de sancionar los delitos menores.

El objetivo de las sanciones en Ecuador principalmente es la rehabilitación social de las personas (en especial de las privadas de la libertad) y su reinserción a la sociedad, pero como agentes útiles para la misma. Sin embargo, no existe certeza que esto se lleve a cabo en su totalidad, y mucho menos que de las personas reincidan en su conducta antijurídica y típica.

En otros Estados el fin de la sanción es directamente el castigo, incapacitación del delincuente y la implementación de diversos métodos de punición e incluso el aislamiento de los sujetos, pues aún se maneja la teoría de "negar" el problema para obtener una posible solución, es decir si se elimina de la sociedad al ente dañino, el problema desaparece y se regresa a un estado de armonía y paz social.

El cometer delitos a pesar de la existencia de una pena cualquiera que esta fuere, se fundamenta a base del incentivo que el potencial contraventor recibe, y de esta circunstancia depende también que el sujeto vuelva a cometer el delito o infracción.

Por lo tanto, la solución para evitar que se cometan delitos menores en reiteradas ocasiones, puede ser que la sanción sea mayor por lo que el incentivo se disminuye para el autor del delito al momento de considerar el costo beneficio de su decisión.

7. CATEGORIZACIÓN DE LOS DELITOS MENORES EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

El Código Orgánico Integral Penal incluye 13 tipos de contravenciones divididos en faltas de primera, segunda, tercera y cuarta clase. Las contravenciones correspondientes a las primeras tres clases, se pueden considerar por omisiones de formalismos legales, omisión del deber objetivo de cuidado e infringir la normativa dispuesta, pero no causa mayor daño a terceros, por estas razones sus sanciones no corresponden a graves penas.

Las contravenciones correspondientes a primera clase, conllevan ínfimas sanciones que no justifica la comisión de las mismas pero con estas se evidencia la falta de rigurosidad de las penas, situación que acarrea consecuencias jurídicas negativas para la sociedad, como lo es el hecho de reincidir en las mismas.

En el artículo 396 se establecen las faltas consideradas como más graves o de cuarta clase, se indica que "será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días:

1. La persona que por cualquier medio profiera expresiones en descrédito o deshonra en contra de otra. Esta contravención no será punible si las expresiones son recíprocas en el mismo acto.

2. La persona que venda u ofrezca bebidas alcohólicas de moderación o cigarrillos a niñas, niños o adolescentes.

3. La persona que de manera indebida realice uso del número único de atención de emergencia para dar un aviso falso de emergencia y que implique desplazamiento, movilización o activación innecesaria de recursos de las instituciones de emergencias.

4. La persona que voluntariamente hiera o dé golpes a otra, causándole lesiones o incapacidad para el trabajo que no exceda de 3 días.

Édgar Ortiz, abogado en libre ejercicio, señala que las contravenciones son un tipo penal de menor afectación social, pero que obviamente no deja de existir una responsabilidad. El Código Orgánico Integral Penal, conlleva una visión diferente sobre la temática; así el citado jurista corrobora lo siguiente: "lo grave en las contravenciones es la reincidencia, violación de medidas o incumplimiento del deber objeti-

vo de cuidado, porque su exceso conlleva a que se convierta en delitos con sanciones que superen los 6 meses".

Evidentemente, este tipo de contravenciones dañan o perturban el bien jurídico protegido, de ahí parte su gravedad a comparación de las otras clases de contravenciones, ya que su comisión puede acarrear el cometimiento de delitos como tal y por lo tanto involucra al Estado y necesita la intervención de órganos como la Fiscalía para investigar el delito en caso de incurrir en el mismo.

8. POLÍTICA DE PREVENCIÓN Y EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Milei, J. G., & Gabilondo (1999), indica que al aumentar la inversión, en este caso, destinada a promover la seguridad, se garantiza el eficiente manejo de los recursos que promueven la disminución de los índices de criminalidad por lo tanto el resultado debe ser la disminución de la criminalidad.

Es necesario crear una cultura preventiva para evitar hechos ilícitos que configuren tipos penales, especialmente en cuanto se refiere a contravenciones porque el incurrir en estas puede conllevar a la comisión de delitos con sanciones más rígidas.

La prevención según Anselm Von Feverbach, " es una intimidación o coacción sicológica respecto de todos los ciudadanos, pues las personas al observar la aplicación de la pena a sus semejantes que han delinquido tendrán temor de cometer acciones antijurídicas, pues su accionar traerá como consecuencia una acción más grave". (Citado en Strang, H. y Sherman, L.W. 2003)

Referente a las contravenciones, el método de prevención pertinente es el denominado "especial", esta teoría indica que "la finalidad de la pena está dirigida a influir sobre el agente de manera directa y por ende individual". Esta teoría es llevada a su máxima expresión por Von Liszt, F. y Rivacoba, M. (1984); que indican la función preventiva especial de la pena a base de la intimidación dirigida a los delincuentes ocasionales que no necesitan corrección (contraventores).

Basándose en la teoría que los individuos son seres racionales y presentan aversión al riesgo, el Estado mediante sus políticas debe afectar

los incentivos que pueden provocar la comisión de contravenciones (delitos menores), este se puede llevar a cabo por medio de la aplicación de sanciones fuertes y relativas a la contravención, como son: multas, trabajo comunitario y sentencias con pena privativa de libertad.

El gobierno se beneficia directamente de la utilización de diferentes medidas sancionadoras, dado que su aplicación reduce notablemente la inversión al sistema carcelario y su mantenimiento. La forma de prevención de delitos en el Estado, primordialmente respeta los principios de legalidad, necesidad social de la intervención penal y básicamente el límite que confiere el respeto a la dignidad humana, igualdad y participación de los ciudadanos, puesto que el Estado y la sociedad en conjunto deben fomentar y fortalecer la cultura preventiva.

9. COSTO Y PROCEDIMIENTO DE LOS DELITOS MENORES EN ECUADOR

Los delitos menores o contravenciones en Ecuador se encuentran contemplados a partir del artículo 603 del Código Orgánico Integral Penal, es menester indicar que las infracciones o contravenciones no son consideradas como delitos propiamente dichos, sino como infracciones menores por las características que los componen y por su naturaleza de ser de poca monta, pero que en definitiva son sancionables.

El proceso de juzgamiento de los delitos menores es considerablemente menor al proceso penal en otros delitos, se realiza una audiencia en la cual no se exige la presencia de un fiscal, ya que no se necesita mayor investigación o indagación de los actos cometidos; en el caso que el sujeto contraventor no cuente con un abogado que le patrocine la defensa de manera particular, el Estado es el encargado de designarle un defensor público con la finalidad de garantizar todos sus derechos dentro del procedimiento, situación que sin duda significa inversión por parte del Estado.

La sanción correspondiente es determinada por el juez dentro de la audiencia, para establecer la pena se considera el grado de la contravención, las mismas van desde el monto de cuatro hasta quince dólares americanos y pena privativa de libertad de hasta treinta días por el cometimiento de las contravenciones más graves que establece la norma sustantiva.

Referente al tema, Rodolfo Navarrete, Juez de la Unidad de Flagrancias del cantón Quito, considera que el Código Orgánico Integral Penal (COIP) “elimina un sin número de contravenciones que están en letra muerta, contempladas en Códigos anteriores, principalmente debido a que muy pocas se juzgan o llegan a ocurrir”. El hecho de mejorar y reformar una normativa penal implica un mejor manejo de la justicia, además de garantizar la eficiencia y eficacia de la misma, debido a que de esta manera los delitos menores están en concordancia con la realidad de lo que sucede en el país y aquellas contravenciones extratemporales se derogan, situación que conlleva beneficios para la legislación del Estado.

Las contravenciones que más llegan a la Unidad de Flagrancias tienen que ver con escándalos en la vía pública, violencia intrafamiliar y faltas de palabra y obra a la autoridad, principalmente porque son situaciones que se presentan en todo estrato social y sus causas son muy comunes.

Cabe mencionar que las contravenciones se cometen también debido al desconocimiento de la existencia de una sanción para las mismas, sin embargo se respeta la máxima de derecho que establece que “el desconocimiento de la norma no exime de culpa”.

En cuanto al monto de la pena, el mismo se compone de dos elementos. El primer elemento es el valor de las pérdidas marginales asociadas al delito cometido sobre la probabilidad de ser capturado, más un segundo elemento dado por el cociente entre la cantidad de delito cometido sobre la variación de la cantidad de delito ante cambios en las penalidades. (Milei, J.G. y Gabilondo, M.P. 1999)

Este resultado sugiere que el monto de la pena debe ser ampliamente mayor a la cantidad de delito asociado, para que de esta forma la lógica del delincuente le permita decidir si el beneficio es mayor a la pena, o viceversa, y de esta forma se puede evitar incurrir en delitos menores.

10. PENAS ALTERNATIVAS A LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

El Código Orgánico Integral penal, establece penas o sanciones alternativas a la privación de la libertad del sujeto contraventor, como lo es el trabajo comunitario, se considera con esta denominación a toda “acción realizada por el delincuente a fin de hacer de la pérdida su-

frida por la víctima algo bueno", según Baker (1994). Este concepto pertenece al tipo de justicia considerada como restaurativa.

El servicio comunitario puede ser una sanción reparadora que vincule la naturaleza del servicio con el delito a ser sancionado, puede ser una sanción positiva que despierte en el delincuente responsabilidad por sus actos y, puede reducir la carga del sistema carcelario (Wachtel, T. 2013.).

Se debe considerar la diferencia existente entre los conceptos de restitución y reparación, a fin de comprender el objetivo del trabajo comunitario; la restitución repara el daño causado a la víctima particular, mientras que el servicio comunitario repara el daño a la comunidad en general, proveyéndole de un beneficio.

El servicio comunitario se constituye potencialmente como un tratamiento alternativo, concepto que va más allá de una alternativa de sanción, según lo entabla Walgrave. La orden de servicio indicada con frecuencia se adecua al delincuente y no al delito, el servicio comunitario se usa primordialmente a fin de rehabilitar al delincuente, sus motivaciones respecto de la reparación se tornan secundarias. (Citado en Watchel, T. 2013)

De este modo se fomenta que el delincuente o contraventor analice profundamente qué es lo que obtiene al infringir la ley, afectar el bien común y a la paz social, debe discernir su costo beneficio y el de transacción, es decir, si tiene mayor valor lo que pierde o aquello que obtiene como consecuencia de sus acciones. El servicio comunitario tiene como fin la reflexión por parte del contraventor sobre sus actos y no vuelva a cometer los mismos.

Esta es una visión que permite el comienzo de un modelo nuevo referente al tipo de rehabilitación, "con lo cual se evitará que las cárceles se llenen de contraventores y se adopte una reparación a la falta cometida con la ayuda social" según explica el juez Rodolfo Navarrete. .

El beneficio es evidente para toda la sociedad, aporta en la economía del Estado porque permite que los centros penitenciarios no se encuentren abarrotados de personas que cometen delitos menores, situación que también beneficia a los contraventores, puesto que, el hecho de estar en una cárcel le puede acarrear condiciones traumáticas y dañarlo de forma emocional, debe considerarse que este tipo de

centros en Ecuador deben avanzar y desarrollarse notablemente para cumplir con su finalidad de rehabilitación social.

Según una serie de estudios e investigaciones realizadas en varios países, a partir del año 1986 hasta el 2005 a cargo de Heather Strang y Lawrence Sherman, se llega a establecer "que la Justicia Restaurativa reduce la reincidencia sustancial para un grupo de ofensores, y la reduce más que la prisión o tanto como la prisión en otros casos".

Sin embargo esta característica positiva no es aplicable en la generalidad de los casos, depende de las características particulares e intrínsecas del sujeto contraventor, razón por la cual no es efectiva del todo, es decir tienen sus excepciones pero el beneficio es superior.

Este tipo de justicia alternativa permite una mayor posibilidad de reinserción a la sociedad que los casos de justicia penal convencional y pena privativa de libertad. Por lo tanto, el costo beneficio de esta sanción alternativa es mayor a la que acarrea la pena privativa de libertad, en consideración del bien común tanto para los ciudadanos como para el Estado ecuatoriano.

11. CONCLUSIONES

La teoría del comportamiento delictivo, en este caso enfocada en la comisión de delitos menores según la normativa ecuatoriana, establece que el delincuente, en este caso el contraventor, es un sujeto completamente racional y que para incurrir en un delito debe razonar lógicamente su decisión.

Mediante el estudio realizado, se llega a determinar que el contraventor compara el beneficio que obtiene al cometer un delito frente al daño o costo que conlleva esta acción, es decir, analiza el incentivo existente como consecuencia de su accionar. En caso que el daño o perjuicio sea mayor que el incentivo, el sujeto no cometerá la contravención o delito menor por obvias razones, entre estas, por el hecho que todo ser humano actúa para mejorar y obtener resultados que lo beneficien positivamente.

Los delitos menores en el Estado ecuatoriano abarcan el concepto de contravenciones, se instituyen como infracciones de poca monta y tiene diferentes formas de sanción, incluye penas pecuniarias, méto-

dos alternativos de sanción como lo es el trabajo comunitario y en los casos más graves conlleva a una pena privativa de libertad de hasta treinta días, en relación con el acto incurrido, debido a que la sanción es proporcional a la falta.

La norma jurídica en Ecuador que establece cuales son los delitos menores y su sanción, es el Código Orgánico Integral Penal, dentro del mismo se establecen las clases de contravenciones, son de primera clase las más leves hasta llegar a cuarta clase las más graves.

Es menester indicar que en el documento se cumple con los objetivos propuestos y evidencia la realidad sobre el análisis económico del Derecho Penal aplicado en la comisión de delitos menores, y se comprueba que las penas alternativas, tales como las que conllevan pago de multas y el trabajo comunitario produce un alto costo beneficio para el Estado, principalmente porque la inversión en rehabilitación social en centros especializados es menor.

12. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acciarri, H. y Castellano, A. (2010). *El análisis económico del derecho de daños*. Responsabilidad civil.

Acciarri, H., Barbero, A. y Castellano, A. (1998). *Garantías legales en la ley de defensa del consumidor;* Anales de la XXXIII Reunión Anual de la Asociación Argentina de Economía Política. Mendoza, AAEP.

Alterini, A. (1991). *Curso de obligaciones, tomo 2, 4ta edición*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Álvarez-Uria, F. (1988). *Violencia y delito: Materiales para una sociología de la violencia*. Ábaco, (4), 75-89.

Auping, J., De la Torre, R., Guevara, A., Llamas, I. y Muñoz, C. (2004). *El análisis económico de los derechos humanos (Primera ed.)*. México: Universidad Iberoamericana.

Ávila, R. (2008). *Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia*. Constitución del, 19-38.

Barroso González, J.L. (2015). Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica. *Revista IUS*, 9(35), 95-122.

Bejarano, J. (1999). El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos. *Revista de Economía Institucional,* vol. 1, núm. 1, noviembre, 1999. 155-167, Universidad Externado de Col. Colombia.

Bullard Gonzales, A. (2003). *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales.* Editorial Palestra. Lima Perú.

Cervantes, M., Emanuelli, M., Gómez, O. y Sandoval, A. (2014). *¿Hay Justicia para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales? (Primera ed.).* México: Universidad Nacional Autónoma de México; Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Coase, R. (1960). The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics,* vol 3, 1.

Coloma, G. (1997). *La ley argentina de defensa de la competencia;* Anales de la XXXII Reunión Anual de la Asociación Argentina de Economía Política. Bahía Blanca, AAEP.

Coloma, G. (2010). *Apuntes para el análisis económico del Derecho Privado argentino.* Universidad del CEMA.

Congregado, E., Pomares, I. y Rama, E. (2002), Análisis económico del derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente, *Derecho y conocimiento,* vol.1.

Convención americana sobre Derechos Humanos, (pacto de San José). Recuperado de: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm el: 8 de noviembre del 2015

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Página oficial de la web. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/ el: 8 de noviembre del 2015.

Declaración universal de los Derechos Humanos. Recuperado de: http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm?gclid=CjwKEAiAgvyxBRDmuviAj67g-XQS-JABTLMcHtw24T6QmXsQa5GeLFinHThhYoPmIgpsw9NliXcdo-4BoC8Y3w_wcB el: 8 de noviembre del 2015.

Doménech, P. (2014). Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho. *Revista de Administración Pública*. N. 195.

Favoreu, L. y Favoreu, L. (1999). La Constitucionalizacion del Derecho Penal y del Procedimiento Penal. Hacia un Derecho Constitucional Penal. *Revista Chilena de Derecho.*

Ferrajoli, L. (1992). Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, 4(5).

Funes, M. R. (1953). La Defensa Social, el Delito y el Peligro. *Revista Mexicana De Sociología*, 15(2), 197–209.

Galindo, L. y Catalán, H. (2007). Las actividades delictivas en el Distrito Federal / Criminal Activities in Mexico's Federal District. *Revista Mexicana De Sociología*, 69(3), 457-484.

García, F. y Ambos, K. (2011). *Temas fundamentales del derecho procesal penal.* Tomo 1. Cevallos Editora Jurídica. Quito, Ecuador.

Hassemer, W. (1998). Perspectivas del Derecho penal futuro. (trad. Anarte), en *Revista Penal*, núm. 1. 37 y ss.

Martín, A.N. (2013). *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal.* In Compliance y teoría del Derecho Penal (21-50). Marcial Pons.

Mendoza, S. (2013). *Derechos humanos, costos y beneficios.* IUS 360º. Recuperado de http://www.ius360.com/otro/analisis-economico-del-derecho/derechos-humanos-costos-y-beneficios/

Mercado Pacheco, P. (1994). *El Análisis Económico del Derecho, una reconstrucción teórica*. Editorial centro de estudios constitucionales. Madrid.

Milei, J. G. y Gabilondo, M. P. (1999). Análisis Económico de las Políticas De Prevención y Represión del Delito en la Argentina. Asociación Argentina de Economía Política.

Navarro, R., Steffen, M. y Dutto, C. (2010). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional.* Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer.

Noguera, H. (2010). Consejo de Estado vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones. *Verbas Iuris,* 102 - 103.

Posner, R. A. (2002). El movimiento del análisis económico del derecho: desde Bentham hasta Becker. *THEMIS: Revista de Derecho*, (44), 37-54.

Robert, F. (1995). *Microeconomía y conducta. Pensar como economista*. Editorial Mcgraw – Hill Interamericana. España.

Rojas, R., Schenone, O. y Stordeur, E. (2012). *Nociones del análisis económico del Derecho privado.* Universidad Francisco Marroquín. Guatemala – Guatemala.

Sánchez, J. M. S. (1996). Eficiencia y Derecho penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* 49(1), 93-128.

Schönsteiner, J, y Couso, J. (2015). La implementación de las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Chile: Ensayo de un balance. *Revista de Derecho Coquimbo,* 22(2). Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532015000200011&script=sci_arttext

Strang, H. y Sherman, L. W. (2003). *Repairing the harm: Victims and restorative justice*. Utah L. Rev., 15.

Wachtel, T. (2013). Definiendo qué es restaurativo. *Revista del Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas.*

Base Legal

Código Orgánico Integral Penal.

Constitución de la República del Ecuador (2008).

Recibido: 09/01/2017

Aceptado: 23/05/2017

Michelle Estefanía Cárdenas Vargas: Investigadora Jurídica Suárez & Sánchez Abogados

Correo electrónico: michelle.cardenashs@gmail.com

La Influencia de la Interdisciplinariedad en el Razonamiento Jurídico de los Jueces y Abogados

The Influence of Interdisciplinarity in the Juridical Reasoning of Judges and Lawyers

Gabriela Estefanía Coronel Loayza
Investigadora Jurídica, Estudio Vaca & Asociados

Mgtr. Jessahé Carla Navarrete Villalba
Docente titular PUCE (Facultad de Jurisprudencia)

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 3, 2018, pp. 61-80, ISSN 2588-0837

RESUMEN: el documento considera a la educación como la base del desarrollo de la sociedad. En ese sentido, discute la necesidad de cambiar la enseñanza tradicional de la disciplina jurídica (basada en un enfoque positivista) enfocada en escenarios de conflicto. Con este objetivo se propone profundizar en el estudio interdisciplinar del Derecho con el objetivo de alcanzar un cambio de rumbo.

PALABRAS CLAVES: Derecho, educación legal, interdisciplinariedad, derecho de conceptos, globalización.

ABSTRACT: this paper discuss education as the basis for the development of society. In this regard, it examines the need to change the traditional teaching of Law (positivist approach) which is focused on conflict scenarios. With this target is proposed to deep in the interdisciplinary study of Law for achieving a real change.

KEY WORDS: Law, legal education, interdisciplinarity, right of concepts, globalization.

INTRODUCCIÓN

El Derecho regula las distintas relaciones interpersonales y los conflictos de diversa índole que se generan dentro de la sociedad en diferentes ámbitos. “El Derecho ha adquirido un nuevo lugar social y ha generado expectativas sociales nuevas respecto de su función de regulación de las relaciones sociales”[1]. (Ansolabehere, 2008, 332). Los jueces y los abogados que tienen como función principal la aplicación del Derecho, no pueden apartarse de la realidad y deben tener un conocimiento amplio y especializado sobre cada disciplina o ciencia en la que se encuentre inmerso el conflicto.

La necesidad de jueces se siente paradójicamente más a medida que se extiende la costumbre de aceptar que cada cual haga lo que quiera. Siempre que no se perjudique al otro”[2]. (Gomis, 2002, 3). Es necesario proyectar una administración de justicia más eficiente y justa gracias al razonamiento jurídico interdisciplinario del abogado y el juez.

Se debe analizar la influencia de la interdisciplinariedad de las diversas ramas del Derecho en el razonamiento que interviene en la decisión del juez al momento de generar por consiguiente, sentencias más íntegras y justas que ponen fin a cada uno de los casos de su jurisdicción. Para esto, es necesario identificar el modelo de enseñanza tradicional - positivista que domina la malla curricular en las facultades de Jurisprudencia latinoamericanas, para advertir la imperiosa necesidad de un cambio en el modelo educativo.

Al relacionar al Derecho con el fenómeno de la globalización se producirá un cambio en el rol que desempeñan el abogado y el juez, este rol presenta una visión más amplia y significativa, además, trasciende más allá del simple papel de agentes en la solución de conflictos.

La globalización trae consigo cambios tecnológicos importantes, que están generando una revolución en todas las áreas e industrias. El Derecho no es la excepción, por lo cual debemos preguntarnos: ¿Qué estamos haciendo en las Facultades de Derecho para adaptarnos a estos cambios?

1 Ansolabehere, K. (2008). Legalistas, legalistas moderados y garantistas moderados: Ideología legal de maestros, jueces, abogados, ministerios públicos y diputados. *Revista Mexicana de Sociología*, 70(2), 331-359.

2 Gomis, L. (2002). No hay justicia sin jueces. *El Ciervo,*39(475/476), 3-3.

Debemos repasar la historia de la humanidad para recordar que el Derecho requiere de cambios a medida que la sociedad se transforma. Por ejemplo, cuando ocurrió el cambio de procesos productivos de manuales a industriales la normativa laboral tuvo un cambio radical, creando por primera vez la protección de los derechos a los trabajadores.

Actualmente, los procesos judiciales cada vez más se convierten en la última opción de los actores y demandados. “Hoy en día se requiere un juez que sepa diferenciar cuándo existen controversias y cuándo no las hay para, en el segundo de los casos, impulsar mecanismos conciliatorios donde sean las propias partes involucradas las que encuentren la solución a su conflicto y, en el primero de los casos, allí donde existan posiciones encontradas e irreconciliables, buscar la solución que mejor satisfaga la paz y la convivencia social. La construcción de una justicia restaurativa es el desafío en este siglo y el juez debe asumir el rol protagónico que le corresponde en esa construcción”[3]. (Muñoz, 2013, 3)

La única forma que el juez desarrolle y cumpla con las capacidades que la ciudadanía espera de él, gestione la conflictividad y contribuya a una sociedad más pacífica e igualitaria, es conociendo la comunidad en que vive, conociendo sus conflictos, su cultura, sus por menores. Un juez que se aparta o rechaza a la sociedad sobre la que luego ejercerá un poder inmenso, no es otra cosa que un mal juez. No puede juzgarse sobre realidades que no se conocen.

Frente al fenómeno de la globalización, el jurista debe desarrollarse a la par con las diversas interacciones y fenómenos sociales, no debe desatender la realidad, debe dominar conceptos e ideas nucleares que se encuentren fuera de la ciencia jurídica. El estudio del Derecho cada vez más exige que el conocimiento adquirido al momento de salir de la Universidad sea interdisciplinario.

La función del juez es indispensable en una sociedad, el juez tiene como función principal la de administrar justicia, a través de las sentencias que ponen fin a un conflicto y esta sentencia se ve influenciada por el razonamiento jurídico. Es fundamental que el conocimiento sea más allá del tecnicismo jurídico, porque el Juez debe conocer realidades diversas, entornos sociales que trasciendan más allá del ámbito legal, debe tener un dominio importante sobre el razonamiento jurídico del administrador y ejecutor de justicia.

3 Muñoz, C. (2013). El oficio de ser Juez. *Revista de Derecho UNAM*, 5, 2-8.

1. EL DERECHO DE CONCEPTOS

a. Enfoque tradicional positivista del Derecho

A lo largo de la historia, el ejercicio y enseñanza del Derecho se ha centrado en la abstracción de conceptos como la justicia, equidad, ley, etc. Las normas son el eje principal del proceso de aprendizaje, el papel del profesor ha sido relegado a ser un transmisor de conocimientos, lo que tiene como consecuencia que los estudiantes no poseen un espíritu investigador e innovador. La enseñanda tradicional ha brindado menor importancia al objetivo principal y el fin del Derecho: regular las relaciones sociales y la obtención del bien común.

El enfoque positivista señala que el Derecho es un conjunto de normas generales emanadas de un órgano legislativo, que deben ser cumplidas, caso contrario existirá una sanción. Rachel Hernández, tratadista del Derecho, manifiesta que: "asumir actualmente una posición positivista es subordinarnos ciegamente a la ley como herramienta ajena a principios y valores, y, por ende, de espaldas a la moral media de la sociedad y a los intereses emanados del pueblo, es hacer honor a la voluntad estatal sin importar su apego a las necesidades de la sociedad".[4]

Desde un punto de vista histórico, el Derecho ha sido interpretado, estudiado y analizado desde una perspectiva principalmente positivista. Según Beade: "tradicionalmente, algunos teóricos defienden la idea que el Derecho tiene una sola estructura que permite pensar (y resolver correctamente) los diferentes casos que se presentan ante jueces y tribunales. Según estos teóricos, el Derecho es uno solo y no puede, ni debe, estar abierto a resolver cuestiones que alteren su homogeneidad".[5] El estudio del Derecho en Universidades Latinoamericanas se ha sustentado exclusivamente en un enfoque tradicional-positivista, basado en los conceptos y en una visión coercitiva.

Con la realidad que vive la humanidad, es absurdo dar la espalda a la manera en la que la sociedad se desenvuelve y su constante y rápida transformación, para centrarnos en las normas como la única forma

4 Hernández, R. (2017). La crisis del positivismo jurídico. *Revista jurídica Ámbito Jurídico*, (2), 1-11.

5 Beade, G.A. (2015). Los problemas del unitarismo del derecho. *Revista Jurídica Universidad de Palermo*,221-222.

de resolución de conflictos. Si la sociedad ha evolucionado, el Derecho debería hacerlo también de un sistema de control coactivo y coercitivo a un sentido más amplio que comprende la integración de las diversas ciencias de manera integradora y transversal.

b. La relación del derecho con la coacción

La enseñanza legal ha sido marcada por la idea de la relación entre Derecho y la coacción. Todo elemento jurídico lleva implícito la capacidad del uso de la fuerza para el cumplimiento de la norma, esta característica es precisamente lo que diferencia a la norma jurídica de las normas morales y religiosas. "la coacción tiene una función tácita que expresa una relación de dominación."[6] (Tiznado, 2011, 81). El Estado será el encargado de hacer cumplir dichas normas jurídicas mediante la coacción. "La actividad del Estado consiste en deliberaciones cuyo objeto final es producir pensamientos aptos para dirigir la conducta colectiva; la aplicación y la ejecución de tales pensamientos es la función que compete a los diferentes sectores de la administración".[7] (Zúñiga, 1973, 119).

La coacción ha sido aceptada como la presión colectiva que ejerce la comunidad a través del Estado, para que un individuo cumpla las disposiciones legales. A través de la coacción, el Estado puede ejercer fuerza legítima con sus jueces para el cumplimiento de la ley.

El principal problema es que esta concepción genera una estructura de conflicto y confrontación; por esta razón en las facultades de Jurisprudencia de las diversas universidades, se da más prioridad a que los estudiantes aprendan a pelear (litigio) que a la búsqueda de una solución distinta que involucre el conocimiento en el área de otra ciencia. "Los objetivos fundacionales de la Justicia no parece que fueran castigar ni practicar la venganza, sus objetivos son, con certeza, mucho más inteligentes: se trata de reformar los comportamientos asociales, devolver a la víctima y al agresor la dignidad perdida y posibilitar, de nuevo, la convivencia y la integridad".[8] (Vinyamata, 2000, 31). Se produce una

6 Tiznado, J. (2011). Tolerancia, autonomía e inmoralidades "inofensivas" o "sin víctimas" *Crítica: Revista Hispanoamericana De Filosofía,* 43(128), 81-86.

7 Zúñiga, L. (1973). Durkheim: Su concepción del Estado y la Primera Guerra Mundial. *Revista Española de la Opinión Pública*, (32), 119-153.

8 Vinyamata, E. (2000). La Resolución de Conflictos, una nueva disciplina. *El Ciervo*, 48(578), 31-33.

contradicción con el fin de la Justicia y el modelo de enseñanza legal que se encuentra basado en el conflicto desde una perspectiva errónea. El conflicto solo se puede entender si se plantea como un fenómeno universal que traspasa denominaciones, ámbitos y niveles.

Esta postura en la práctica está disminuyendo significativamente, porque con cada vez más frecuencia aparece el auge de centros de mediación alternativos a la solución de conflictos. Y esta realidad no es solo ecuatoriana, sino latinoamericana.

2. EL DERECHO Y LA GLOBALIZACIÓN

Se empezará definiendo a la globalización y la relación que el Derecho mantiene con ella. La globalización es un fenómeno palpable, sobre todo, a partir de finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI. Según Martínez "es un fenómeno que interpela a las más diversas disciplinas sociales y que ha suscitado los más variados enfoques y perspectivas"[9]

Alegría, en su obra Derecho y Globalización señala que: "no cabe duda que la globalización, de la que se discute su verdadero origen en el tiempo, tiene ya muchas facetas: la llamada "aldea global" de la información, sus costados económicos, sus aspectos culturales, las repercusiones políticas en las decisiones de los Estados y en aquellas que se les imponen o se les hacen imperiosas por influencias externas; y, en definitiva, como ha expresado Joseph Stiglitz, el "rostro humano", o sea, las implicancias sobre la realización de los individuos en la comunidad local y universal"[10]

Se manifiesta a grandes rasgos como la experiencia cultural de un mundo sin límites, en el que las fronteras se eliminan. "Aunque desiguales, los efectos de la globalización son sin duda inevitables, y están estrechamente vinculados a la extensión, la aceleración y la radicalización de dinámicas que conducen a la planetarización de variados procesos sociales".[11] (Martínez, 2003, 170)

---

9 De la Peña Martínez, F. (2003). Antropología del presente y globalización. *Boletín De Antropología Americana*, (39), 175-183.

10 Alegria, H. (2017). Derecho y Globalización. *Revista Jurídica uba*.187.

11 De la Peña Martínez, F. (2003). Antropología del presente y globalización. *Boletín De Antropología Americana*, (39), 175-183.

La globalización influye de manera diferente en cada ciencia, generando diversos enfoques, estudios, y fenómenos. “No creo que se pueda decir que la globalización es únicamente o incluso básicamente un fenómeno económico, ni creo que se pueda decir que sus fuerzas impulsoras sean única o básicamente económicas. La globalización es política, cultural y social”.[12] (Giddens, 2001, 62).

La relación del Derecho con la globalización está ligada a la sociedad que se encuentra bajo sus efectos y en constante cambio. Para interactuar en este proceso de globalización es necesario anexar el Derecho a la sociedad globalizada actual, la jurisprudencia de conceptos ya no es suficiente para el estudio legal del siglo XXI.

Una de las cuestiones que debemos considerar, es respecto a la aplicación de fronteras en el Derecho. Actualmente una de las características más representativas de la ley es la territorialidad, sin embargo, con la globalización las fronteras comerciales y económicas están desapareciendo y se agudiza la necesidad de contar con regulaciones internacionales que protejan las transacciones que se realizan fuera de los ordenamientos jurídicos nacionales.

El Derecho Internacional Público y Privado es el más cercano a la atención de estos conflictos, sin embargo, la evolución de la tecnología y el desarrollo de la sociedad le exige cada vez más. Los cambios ocurren con mayor velocidad y la norma sigue estática.

La globalización presenta problemáticas como la confidencialidad y manejo adecuado de la información personal y empresarial, el almacenamiento y uso de datos, la eficacia de las normas frente a la aparición de “softwares” o sistemas operativos que no están contemplados en la legislación, etc.

a. La interdisciplinariedad y el Derecho

Una de las respuestas que pueden presentarse a los abogados a manera de solución de las problemáticas que trae la globalización, es el aprendizaje interdisciplinario y transversal.

12 Giddens, A. (2001). El gran debate sobre la globalización. *Pasajes*, (7), 62-73.

Los abogados en cualquier posición que se encuentren, si quieren participar de manera activa en los procesos derivados de la globalización, deben conocer de tecnología, computación, economía, finanzas, etc.

Sin embargo, ante la presencia de una enseñanza y ejercicio legal abstracto, basado en conceptos y bajo un enfoque tradicional positivista como se señaló anteriormente, se presenta una resistencia al trabajo interdisciplinario. Cuando se habla de interdisciplinariedad entre ciencias sociales "en general se excluye al Derecho, cuyo carácter normativo le da un estatus distinto".[13] (Puga, 2009, 106).

Las distintas ramas del Derecho abarcan en general los diversos comportamientos humanos. "A pesar de especialidades clásicas, el Derecho no pierde de vista los avances sociales, tecnológicos, culturales y científicos, lo que implica que se ocupe de las innovaciones que se generan en estos campos y que cada día se especialice más o surjan nuevas ramas, acordes con dichos avances del saber humano".[14] (Lara, 2007, 8) La ciencia jurídica se interrelaciona con aquellas disciplinas que reflejen la conducta humana y se encuentren vinculadas al ámbito social: economía, historia, psicología, sociología, medicina, ingeniería, contaduría, etc. "Cada vez es más evidente que, más que nunca, estamos obligados a un aprendizaje permanente, para no quedar postergados en la sociedad del conocimiento. Uno tiene que adiestrarse intelectualmente todos los días para poder ser competitivo".[15] (Puig, 2008, 209)

3. INTERDISCIPLINARIEDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Como se mencionó, la administración de justicia es una parte fundamental del sistema jurídico dentro de una sociedad. A través de ella se intenta dar solución a los conflictos, mediante la interpretación y aplicación de los criterios y las pautas contenidas en las leyes y demás disposiciones generales. El juez quien es el depositario de la confianza del pueblo es quien dicta la sentencia en ejercicio de la función ju-

13 Puga, C. (2009). Ciencias sociales, un nuevo momento. *Revista Mexicana de Sociología*, 70, 106-107.

14 Lara, C. (2007). El Derecho, verdadera ciencia interdisciplinaria. *Revista Jurídica UBA*, 8-10.

15 Puig, V. (2008). Globalización, tecnología y libertad. *Cuadernos de Pensamiento Político*, (19), 209-224.

risdiccional -potestad pública de juzgar y ejecutar lo juzgado-, tiene una función y competencia específica que le otorga la Constitución y la ley; por lo cual es llamado a resolver los diferentes problemas y conflictos que se presentan en la sociedad producto de las diversas interrelaciones sociales, para lo cual debe otorgar a cada uno de los sujetos procesales lo que les corresponda en Derecho.

En esta línea, el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador dispone: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes"[16]

El papel del juez debe ser imparcial, intachable, justo. Para cumplir con todos esos requisitos, debe contar con un vasto conocimiento no solo de la legislación, sino de todas las ramas académicas vinculadas con el desarrollo de la sociedad. El juez diariamente en su ejercicio profesional, y personal debe absorber, conocer, estudiar, fundamentar y resolver conflictos y temas muy diversos en los que se involucran los diversos campos de la ciencia jurídica.

Por ejemplo, ¿cómo podría un juez resolver un litigio sobre telecomunicaciones, sin entender los lineamientos básicos del funcionamiento de esta industria?

Es difícil pensar que una resolución sea justa si proviene de un juez que no conoce nada del objeto de la *litis*, y únicamente basa su decisión en los tecnicismos legales.

Las normas se encuentran en constante cambio; cada mañana pueden entrar en vigencia un sinnúmero de normas nuevas y diferentes. El juez y el abogado que ejercen la profesión deben tener un saber extenso acerca de las diversas ciencias con las que se vea relacionado el conflicto del cual debe dictar sentencia en el caso del juez.

Debemos prepararnos para aplicar el derecho ante escenarios de vanguardia. Únicamente a manera de ejemplo, si un usuario interpone una demanda contra Facebook, no es suficiente que el juez que conocerá el

16 Artículo N° 76.1. Constitución de la República del Ecuador, Montecristi, Ecuador 20 de octubre de 2008.

caso, maneje la norma técnica legal, sino que conozca cómo opera Facebook, el alcance de sus funciones comerciales, con la finalidad de conocer la realidad del conflicto, y por lo tanto, contar con herramientas más adecuadas para la resolución de la pretensión del usuario.

La sentencia se ve influenciada por el razonamiento jurídico y el conocimiento del juez "es sabido que la aplicación del Derecho es algo universal, incluso las tribus de estructura social más simple tienen un sistema por medio del cual imparten justicia, pero también es sabido que su aplicación varía de acuerdo con el sistema, corriente, etc. Estas variaciones provocan que, al momento de resolver un problema, se razone y decida de distinta manera."[17] (Lionetti, 2017, 3). Es fundamental que el razonamiento del juez sea antecedido por una serie de conocimientos, legales, sociales, económicos, políticos, culturales, ambientales etc.

Como establece la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 76.7.1 "Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados".[18] Se puede concluir que los jueces tienen la obligación de motivar sus sentencias si esto no ocurre la consecuencia será la nulidad de los mismos. Es fundamental que la motivación se encuentre bajo la influencia de un razonamiento jurídico interdisciplinario, más aún cuando se exige que la motivación sea la explicación del porqué el juez aplicó una determinada norma frente a la situación fáctica que se le puso a su conocimiento.

Como expresa Villarejo: "Se debe tener en cuenta que la justicia no consiste solo en dar a cada uno lo suyo sino también en preguntarse constantemente qué es lo que a cada uno se debe dar como suyo.

Este concepto de la justicia que problematiza constantemente el Derecho es incompatible con una interpretación estática de la norma. En este sentido, la justicia es algo así como una invitación constante a la

17 Lionetti, J. (2017). Razonamiento jurídico y toma de decisión. *Revista de Filosofia, Política y Derecho*, 3, 3-22.

18 Artículo N° 76.7.1 Constitución de la República del Ecuador, Montecristi, Ecuador 20 de octubre de 2008.

innovación".[19] El jurista no debe ser experto en todo, pero si debe dominar conocimientos básicos de las distintas ciencias en las cuales se encuentre el conflicto, puesto que un juez no puede desinteresarse de la realidad, la misma que se encuentra regida por la interdisciplinariedad, con el pretexto que su función es únicamente jurídica.

"El juez o magistrado es aquel tercero imparcial que aplicando las reglas de la sana crítica, reglas que le permitirán apreciar las pruebas objetivamente para descubrir la verdad sobre la falsedad y dictaminará sobre el asunto controvertido sometido a su conocimiento, que se reflejará en la sentencia que es el acto judicial supremo, pues allí el juez ejercerá su jurisdicción y competencia que le otorga la ley y la Constitución de la República, o lo que es lo mismo, dirá el derecho aplicable a conflicto"[20] (Benavides, 2014, 1). Para resolver los distintos conflictos de una manera justa y eficiente es fundamental el trabajo interdisciplinario del Derecho y las demás ciencias sociales.

Es necesario un cambio en el modelo de enseñanza del Derecho, "la defensa del pensamiento único, de una sola vía de conocimiento y de una sola capacidad interpretativa ya demuestra por sí misma que tal elección se fundamenta en la incapacidad de contener el miedo de aceptar la realidad plural de acceso a la comprensión e interpretación de las cosas".[21] (Vinyamata, 2000, 31).

Por esta razón es necesario promover más argumentación jurídica contextualizada en la investigación e información desde otras disciplinas; "Esta invitación parte de la observación que en muchas de las aulas en las que se enseña Derecho en proyectos que se conciben en oposición al modelo de educación que se ha impartido tradicionalmente, casi no existe siquiera una relación incómoda con la producción de otras disciplinas" (Bergallo, 2015, 3).[22]

---

19 Marsal, S., Villarejo, J., Marco, A., y Figueroa, M. (2001). Vida de juez. *El Ciervo*, 50(601), 24-28

20 Benavides, M. (2014). El rol del juez en la administración de justicia. *Revista de Derecho Ecuador*, 1-2.

21 Vinyamata, E. (2000). La Resolución de Conflictos, una nueva disciplina. *El Ciervo*, 48(578), 31-33.

22 Bergallo, P. (2015). *El Derecho y las ciencias sociales: ni siquiera una relación incomoda. Universidad de Palermo*. 2-14.

a. El cambio en la educación legal

Como ya se mencionó, la educación legal que se imparte en las facultades de Jurisprudencia, especialmente en Latinoamérica, se ha basado en un enfoque tradicional positivista de un derecho de conceptos, y aplicación y uso de la coacción, dejando de lado la formación interdisciplinaria de los futuros abogados y jueces.

"En caso de duda, hay que optar por la libertad. Nos encontramos en una sociedad con una fuerte tentación de imponer un pensamiento único".[23] (Ramos, 2009, 172). Es necesario cambiar el sistema educativo, establecer como política educativa que el Derecho debe estar interrelacionado con las diferentes ciencias sociales "al hablar de ciencias sociales nos referimos a un conjunto de disciplinas que, a partir del interés explicito por diferentes aspectos de la vida colectiva, han formulado teorías generales y planteamientos analíticos"[24] (Puga, 2009, 105).

La educación cimienta las bases del futuro desarrollo profesional de los abogados y jueces, "el sistema educativo de un país es el espejo de su situación social"[25] (Gómez, 1969, 1).

Medina afirma que: "la educación entraña modificaciones profundas y beneficiosas para el individuo, gracias a las cuales asume el papel de persona, ciudadano, profesional etc. Contribuye a la socialización en los valores de la sociedad al tiempo que ayuda a la emancipación y a la mejora de la calidad de vida, proporciona al individuo aptitudes y cualificaciones profesionales que le permitirán concurrir, en condiciones más favorables que las de aquel que tiene menos años de educación, al mercado de trabajo, adquiriendo, en consecuencia, un estatus de importancia proporcional a los títulos conseguidos"[26] (Medina, 2013, 7)

Por lo tanto, se puede afirmar que la educación es la base del desarrollo de la sociedad y el pilar en la formación de profesionales. "No existe hoy en nuestro medio, un solo abogado que pueda defender un caso

23 Ramos, J. (2009). Libertad de educación y respeto a la diferencia. *Cuadernos de Pensamiento Político*, (24), 161-173

24 Puga, C. (2009). Ciencias sociales. Un nuevo momento / Social Sciences. A New Moment. *Revista Mexicana de Sociología*, 71, 105-131.

25 Gomes, L. (1969). La educación y el futuro. *El Ciervo*, 18(185), 1-1.

26 Medina, E. (2013). Universidad y mercado de trabajo. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 5, 7-46.

apoyándose en un artículo del sistema de la codificación. En los escritos judiciales encontramos cada día más referencias a las teorías de los jueces. Estas teorías, tomadas de fallos anteriores, o de votos emitidos personalmente, han venido a ocupar en la larga medida, el lugar que antes correspondía a los grandes comentaristas de ley”[27] (Cobiella, 2014, 6).

En el caso del Derecho con la presencia de una educación legal poco práctica y abstracta, se presenta una resistencia y oposición a la interdisciplinariedad entre ciencias. Como resultado, se crearán abogados con menor capacidad de reacción frente a los retos que el mundo globalizado implica.

Se requiere que los estudiantes de Derecho conozcan la realidad social, se acerquen a las empresas y participen no solo desde el ámbito legal, sino que se involucren en los procesos productivos, en la creación de los productos o servicios, con la finalidad de entender el por qué se aplica cada norma a cada una de las realidades.

Los jueces deben conocer lo que la sociedad está haciendo. Se requiere de manera inminente la coparticipación educativa de la academia, el Estado y la sociedad civil. No pueden seguirse considerando entes aislados que confluyen cuando cada uno tiene los criterios formados. Deben nacer juntos, con el planteamiento de metas comunes. Solo esto conseguirá que la política educativa de los abogados se integre a los requerimientos reales de la sociedad.

b. Constitución de la República del Ecuador del año 2008, un ejemplo de adaptabilidad del Derecho.

La Constitución ecuatoriana aprobada el 28 de septiembre del 2008, puede ser considerada un ejemplo de vanguardia legal respecto a temáticas sociales actualizadas. La carta magna ubica al Ecuador en la lista de países pioneros en el ejercicio del constitucionalismo ambiental que se ha desarrollado en una serie de países latinoamericanos. Y es un claro ejemplo del resultado del trabajo interdisciplinario en el ámbito jurídico.

27 Cobiella, M. y Mirow, M. (2014). Educación Legal en los Estados Unidos I: Facultades de Derecho y el Juris Doctor. *The University of Miami Inter-American Law Review*, 46(1), 1-38.

"El objetivo último de toda Constitución es lograr un mejor gobierno. Se entiende por tal, la acción de dirigir, conducir a los hombres, las cosas y las relaciones que surgen entre uno y otro, o entre sí, respectivamente. Dentro de estos elementos se encuentra lógicamente la naturaleza y el medio ambiente"[28] (Macías, 2012, 2).

En nuestra norma suprema, la naturaleza es considerada como sujeto de derechos, generando cambio y marcando un hito en el derecho ambiental. La Constitución ecuatoriana en el artículo 71 dispone que: "la naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos."[29]

Además, el artículo 14 del mismo cuerpo legal indica: "Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados" (Constitución de la República del Ecuador, 2008).[30]

Se puede apreciar que para el legislativo ecuatoriano, la naturaleza no solo es un instrumento para lograr el bien común en la sociedad; al dar paso al reconocimiento de los derechos de la naturaleza, se asegura el bienestar de la sociedad y se la considera como un sujeto de derechos sui géneris, lo cual hace dos décadas era impensable.

A base de la consideración de los derechos de la naturaleza, la Constitución ha incluido obligaciones para todos los demás actores de la sociedad. A manera de ejemplo, el artículo 15 señala: "El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto. La soberanía energética no se alcanzará en detri-

28 Macías, L. (2012). El constitucionalismo ambiental en la nueva Constitución de Ecuador. Un reto a la tradición constitucional. *Revista jurídica Iurisdictio*, 14, 2-3.

29 Artículo N° 71. Constitución de la República del Ecuador, Montecristi, Ecuador 20 de octubre de 2008.

30 Artículo N° 14. Constitución de la República del Ecuador, Montecristi, Ecuador 20 de octubre de 2008.

mento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua. Se prohíbe el desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, de contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos, agroquímicos internacionalmente prohibidos, y las tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la soberanía alimentaria o los ecosistemas, así como la introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos al territorio nacional".[31] Se establece la responsabilidad y el compromiso estatal con el medio ambiente.

En el artículo 414 del mismo cuerpo legal el Estado asume medidas preventivas contra el cambio climático y la degradación del medio ambiente, para la preservación del ecosistema y la convivencia en un entorno medio ambiental óptimo. "El Estado adoptará medidas adecuadas y transversales para la mitigación del cambio climático, mediante la limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero, de la deforestación y de la contaminación atmosférica; tomará medidas para la conservación de los bosques y la vegetación, y protegerá a la población en riesgo".[32]

Según Brunicelli: "puede afirmarse que el futuro de la materia (el medio ambiente) se orientará hacía la sistematización de la normativa interna e internacional del derecho ambiental, a la creación de los correspondientes órganos de tutela, y a la definición de los procedimientos que hagan posible y faciliten la exigibilidad del respeto a tales derechos".[33]

La finalidad de hacer referencia a esta Constitución es demostrar la importancia de implementar una visión holística, interdisciplinaria e integral que permita generar soluciones a los crecientes problemas sociales que se han presentado en el siglo XXI. En el área del derecho ambiental, Ecuador consagra principios y derechos novedosos referentes a la naturaleza y la protección del ambiente generando nuevas responsabilidades tanto a escala nacional como internacional. Esto no

31 Artículo N° 15. Constitución de la República del Ecuador, Montecristi, Ecuador 20 de octubre de 2008.

32 Artículo N°414. Constitución de la República del Ecuador, Montecristi, Ecuador 20 de octubre de 2008.

33 Brunicelli, M. (2012). El derecho al ambiente sano como derecho humano fundamental. *Revista Fundación De Derechos Humanos*, 8, 4.

habría sido posible sin el trabajo con una ciencia diferente; en este caso las ciencias ambientales.

Este caso únicamente presenta un ejemplo aislado, porque el presente documento no es suficiente para señalar un sinnúmero de ramas legales que actualmente requieren la cooperación de otros profesionales, como es el caso del Derecho de competencia, que al regular el poder de mercado y participación de las empresas en los distintos ámbitos comerciales, necesita de economistas que conozcan el comportamiento del mercado donde se desenvuelven las empresas.

4. CONCLUSIONES

Al considerar a la educación como base del desarrollo de la sociedad, es necesario cambiar la enseñanza del Derecho de conceptos basado en un enfoque tradicional exclusivamente positivista que genera que la educación legal sea limitante y exigua, consecuentemente el estudiante quien será en el futuro abogado o juez no trascenderá profesionalmente en el ejercicio de su carrera, dejando que su rol profesional sea relegado únicamente al conflicto. "Cuanto mayor es el bagaje cultural de un futuro profesional, mayor será su desempeño" (Kuns, 2016, 1).[34] Al no admitir la interdisciplinariedad entre el Derecho y las diversas ciencias sociales, se produce un retroceso en la relación Derecho y Globalización.

El Derecho impregna, dirige y regula, los actos humanos. En el siglo XXI que se encuentra bajo los efectos de la globalización y la tecnología; enfocarse y abstraerse en la idea exclusiva de un Derecho positivo, basado en conceptos que no incorporen la participación y el trabajo conjunto entre ciencias es absurda y muy poco efectiva. La sociedad está en constante cambio, por lo tanto, se generan varios problemas que están relacionados con factores, y sucesos que se encuentran fuera de la ciencia jurídica.

El Juez y el abogado no pueden desatender la realidad, deben dominar ciertas ideas y conceptos que se encuentren fuera del Derecho. En el caso del juez, su función es administrar justicia, por lo tanto, emitir una sentencia frente a un conflicto sin conocimiento del objeto que

34 Kuns, A. (2016). Comentarios al ensayo el derecho y las humanidades: una relación incómoda. *Revista Jurídica Universidad de Palermo*, (1),229-234.

generó la *litis*, permitirá que la sentencia no corresponda a la realidad de los hechos. La sentencia está influenciada por el razonamiento jurídico y el conocimiento del juez; es fundamental que el conocimiento del juez sea vasto y diverso en el origen del caso que está resolviendo, que trascienda más allá del ámbito legal; esto generara que la administración de justicia sea más eficiente y justa.

La Constitución ecuatoriana del año 2008 marca un hito en el constitucionalismo latinoamericano en el ámbito de la naturaleza y preservación del medio ambiente y es un claro ejemplo de los resultados de un trabajo interdisciplinario entre dos ciencias, el Derecho y las ciencias naturales, sin embargo, esto no es suficiente, porque si tenemos una Constitución desconectada del resto del ordenamiento jurídico y de la aplicación de la justicia, no será efectiva.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alegria, H. (2017). Derecho y Globalización. *Revista Jurídica UBA*. 187. Recuperado de: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/globalizacion-y-derecho.pdf

Ansolabehere, K. (2008). Legalistas, legalistas moderados y garantistas moderados: Ideología legal de maestros, jueces, abogados, ministerios públicos y diputados / Legalists, Moderate Legalists and Moderate Guarantists: Legal Ideology of Teachers, Judges, Lawyers, Attorney Generals and Representatives. *Revista Mexicana De Sociología,* 70(2), 331-359. Recuperado de: http://puceftp.puce.edu.ec:2053/stable/20454336

Beade, G.A. (2015). *Los problemas del unitarismo del derecho*. Revista Jurídica Universidad de Palermo,221-222. Recuperado de: http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N2_09.pdf

Benavides, M. (2014). *El rol del juez en la administración de justicia*. Revista de Derecho Ecuador, 1-2. Retrieved from http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/funcionjudicial/2014/02/12/el-rol-del-juez-en-la-administracion-de-justicia-

Bergallo, P. (2015). *El Derecho y las ciencias sociales: ni siquiera una relación incomoda*. Universidad de Palermo. 2-14. Recuperado de: http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/09Jurica11.pdf

Brunicelli, M. (2012). El derecho al ambiente sano como derecho humano fundamental. *Revista Fundación de Derechos Humanos,* 8, 4. Recuperado de: http://www.cladh.org/uncategorized/el-derecho-ambiental-en-el-desarrollo-humano/

Cobiella, M. y Mirow, M. (2014). Educación Legal en los Estados Unidos I: Facultades de Derecho y el Juris Doctor. *The University of Miami Inter-American Law Review,* 46(1), 1-38. Recuperado de: http://puceftp.puce.edu.ec:2053/stable/24375801

De la Peña Martínez, F. (2003). Antropología del presente y globalización. *Boletín de Antropología Americana*, (39), 175-183. Recuperado de: http://puceftp.puce.edu.ec:2053/stable/40978226

Giddens, A. (2001). *El gran debate sobre la globalización*. Pasajes, (7), 62-73. Recuperado de: http://puceftp.puce.edu.ec:2053/stable/pdf/10.2307/23074573.pdf?refreqid=search%3Aadd0bbd93c4036c74fb2be39e0bc74d8

Gomes, L. (1969). La educación y el futuro. *El Ciervo,* 18(185), 1-1. Recuperado de: http://puceftp.puce.edu.ec:2053/stable/40803689

Gomis, L. (2002). *N*o hay justicia sin jueces. *El Ciervo* 39(475/476), 3-3. Recuperado de: http://puceftp.puce.edu.ec:2053/stable/40819792

Hernández, R. (2017). La crisis del positivismo jurídico. *Revista jurídica Ámbito Jurídico,* (2), 1-11. Recuperado de: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15192

Kuns, A. (2016). Comentarios al ensayo el derecho y las humanidades: una relación incomoda. *Revista Jurídica Universidad de Palermo,* (1),229-234. Recuperado de: http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/09Jurica09.pdf

Lionetti, J. (2017). Razonamiento jurídico y toma de decisión. *Revista de Filosofia, Política y Derecho*, 3, 3-22. Recuperado de: http://universitas.idhbc.es/n03/03-02_lionetti.pdf

Macías, L. (2012). El constitucionalismo ambiental en la nueva Constitución de Ecuador. Un reto a la tradición constitucional. *Revista jurídica Iurisdictio,* 14, 2-3. Recuperado de: http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_14/iurisdictio_014_008.pdf

Marsal, S., Villarejo, J., Marco, A. y Figuera, M. (2001). *Vida de juez*. El Ciervo, 50(601), 24-28. Recuperado de: http://puceftp.puce.edu.ec:2053/stable/40829625

Medina, E. (2013). Universidad y mercado de trabajo. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 5, 7-46.

Muñoz, C. (2013). El oficio de ser Juez. *Revista de Derecho UNAM,* 5, 2-8. Recuperado de http://www.revistajuridicaUNAM/files/EL-JUEZ-DEL-SIGLOXXII.pdf

Puga, C. (2009). Ciencias sociales, un nuevo momento. *Revista Mexicana de Sociología*, 70, 106-107. Recuperado de: http://puceftp.puce.edu.ec:2053/stable/25677024

Puig, V. (2008). *Globalización, tecnología y libertad. Cuadernos de Pensamiento Político*, (19), 209-224. Recuperado de: http://puceftp.puce.edu.ec:2053/stable/25597148

Ramos, J. (2009). *Libertad de educación y respeto a la diferencia*. Cuadernos de Pensamiento Político, (24), 161-173. Recuperado de: http://puceftp.puce.edu.ec:2053/stable/25597264

Tiznado, J. (2011). Tolerancia, autonomía e inmoralidades "inofensivas" o "sin víctimas". *Crítica: Revista hispanoamericana de filosofía,* 43(128), 81-86. Recuperado de: http://puceftp.puce.edu.ec:2053/stable/pdf/23041416.pdf?refreqid=search:154a1f0047f5662e5878db-2d375e54cb

Vinyamata, E. (2000). La Resolución de Conflictos, una nueva disciplina. *El Ciervo,* 48(578), 31-33. Recuperado de: http://puceftp.puce.edu.ec:2053/stable/40822969

Base Legal

Artículo N° 14 *Constitución de la República del Ecuador*, Montecristi, Ecuador 20 de octubre de 2008.

Artículo N° 15 *Constitución de la República del Ecuador*, Montecristi, Ecuador 20 de octubre de 2008.

Artículo N° 71. *Constitución de la República del Ecuador*, Montecristi, Ecuador 20 de octubre de 2008.

Artículo N° 76.7.1. *Constitución de la República del Ecuador*, Montecristi, Ecuador 20 de octubre de 2008.

Artículo N°414. *Constitución de la República del Ecuador*, Montecristi, Ecuador 20 de octubre de 2008.

Recibido: 22/01/2017

Aceptado: 27/05/2017

Gabriela Estefanía Coronel Loayza: Investigadora Jurídica Estudio Vaca & Asociados

Mgtr. Jessahé Carla Navarrete Villalba: Docente titular PUCE (Facultad de Jurisprudencia)

Correo electrónico: gaby.coronel8@hotmail.com

Correo electrónico: cjnavarrete@puce.edu.ec

La Enseñanza del Derecho como un Espacio de Conflicto en una Sociedad Diversa: Aportes para el Debate

Teaching Law as a Space of Conflict in a Diverse Society: Contributions to Debate

Dr. Efrén Ernesto Guerrero Salgado, PhD.
Docente Titular Principal PUCE Quito

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 3, 2018, pp. 81-97, ISSN 2588-0837

RESUMEN: el presente texto busca hacer aportar con elementos de análisis respecto del papel de las escuelas de Derecho de nuestro país como espacios de construcción y reproducción de formas de poder que podrían conspirar, mediante sus contenidos y prácticas, con un sistema de cambio social. La hipótesis que maneja este trabajo es que, al analizar las prácticas como Facultades, y los mecanismos sociales que se generan en las prácticas jurídicas, lo que se hace es tener un sistema jurídico formal y funcional pero que en el sentido práctico perpetua los errores y vicios que al menos en teoría, los docentes de derecho suponen luchar, todo esto en medio de un conflicto entre continuidad de cambio, signado entre el positivismo más tradicional, y escuelas críticas.

PALABRAS CLAVES: Ecuador, poder, Derecho, Educación Superior, andragogía.

ABSTRACT: the present text seeks to contribute with elements of analysis regarding the role of the law schools of Ecuador as spaces of construction and reproduction of forms of power that could conspire, through its contents and practices, with a system of social changes. The hypothesis that handles this work is that, when analyzing the practices like Faculties, and the social mechanisms that are generated in the legal practices, what is done is to have a formal and functional legal system but in the practical sense perpetuates the errors and Vices that at least in theory, teachers of law supposed to fight, all this in the middle of a conflict between continuity of change, signified between the more traditional positivism, and critical schools.

KEY WORDS: Ecuador, power, Law, Higher Education, andragogy.

INTRODUCCIÓN

Quien suscribe estas líneas ha tenido el honor de ser durante una decena de años docente de Derecho. Creo que ha sido, sin lugar a dudas, le mejor decisión de mi vida, ya que me ha servido especializarme en el Derecho como un objeto de estudio y forma de investigación. Para eso, creo -en la medida que la ciencia implica creer que sus mecanismos son funcionales- que las normas son las herramientas más importantes para los cambios sociales, ya que las grandes luchas de los pueblos empiezan y terminan o en la expedición de una norma con carácter de obligatorio, o en la puerta de un juzgado.

Pero, para que eso suceda, es necesaria la construcción de la norma jurídica capaz de ser sostenida por un grupo de ideas lo suficientemente fuerte para que se vuelvan teorías lo suficientemente potentes como para que expliquen la experiencia social. Ese es el papel del Derecho como elemento educativo: se toma a personas con diferentes maneras de ver la vida, la moral y lo más importante, lo "justo" y "lo injusto", y se les enseña *la mejor manera posible de aplicar e interpretar el Derecho*. Ese último punto es el que debería causarnos menor conflicto, ya que enseñar Derecho no solo debe *parecer* justo, sino debe *serlo*. Debe ayudar a la construcción de una sociedad donde el ejercicio de las libertades se dé en su mejor contenido, y que al mismo tiempo genere respetabilidad capital social y reconocimiento.

Muy pocas carreras o facultades presumen tanto de ser "esposas del César", como las jurídicas. En un mundo plural, y secularizado al extremo, los espacios de formación jurídica siguen mostrándose como un espacio de extremismos, y de disputas graves entre maneras de ver el mundo. Ese ejemplo puede verse respecto a una disertación realizada en una universidad ecuatoriana a finales del año 2016 respecto al tema de femicidio: el autor afirmaba que el tipo penal era producto de una construcción filosófica contraria a los intereses de un sector social, y que era, en suma, un producto de un lobby social peligroso. Al respecto, cabe preguntarse, independientemente de los méritos académicos de esa disertación, la siguiente pregunta teórica: es posible construir una educación jurídica capaz de mejorar el Derecho, o los errores de la práctica profesional son presentados en el mundo jurídico como un espacio de mejora y gestión de la realidad.

Esa pregunta se relaciona con: a) la forma en que se enseñan las instituciones jurídicas; b) un contexto social de rechazo a ciertas instituciones de apertura de contenidos de derechos, tanto por quienes detentan el poder político, quienes quisieran obtenerlo; cosa que responde a nuestra crisis mundial del sistema democrático; c) un mínimo moral histórico respecto a nuestras capacidad de confiar en los demás y en gestión del sistema de mantenimiento de la sociedad, y d) una falla estructural del valor del conocimiento, que en el plano jurídico Ferrajoli llama "rechazo civil a la Constitución" (Ferrajoli, 2013) y en el plano del cine se ha llamado *Idiocracia*: una combinación letal nihilismo, inmediatismo, liquidez del conocimiento y falta de pluralismo que pueden llevar al desencadenamiento de derivas autoritarias, tanto a nivel jurídico como social (Tremblay, 2016).

Con esos antecedentes, las Facultades de Derecho ecuatorianas se encuentran en una disyuntiva, probablemente la más importante de su historia: la necesidad de una construcción de un Derecho que asegure -valga la redundancia- del Estado de Derecho, y que, al mismo tiempo, sirva como un medio para la construcción de una sociedad abierta. El presente texto busca hacer aportar con elementos de análisis de esta disyuntiva, al respecto del papel de las escuelas de Derecho de nuestro país como espacios de construcción y reproducción de formas de poder que podrían conspirar, mediante sus contenidos y prácticas, con un sistema poliárquico de gran escala. La hipótesis que maneja este trabajo es que, al analizar las prácticas como Facultades, y los mecanismos sociales que se generan en las prácticas jurídicas, lo que se hace es tener un sistema jurídico formal y funcional pero que en el sentido práctico perpetua los errores y vicios que al menos en teoría, los docentes de Derecho suponen luchar, todo esto en medio de un conflicto entre continuidad de cambio, signado entre el positivismo más tradicional, y escuelas críticas.

Para esto, dividiremos este texto en dos: en primer lugar se hablará de la Universidad y las Facultades de Jurisprudencia como espacios de construcción de poder. Se analizará como en el momento actual, hay una confluencia importante de un choque entre órdenes de reproducción de poder y cuáles son sus consecuencias. Las dos últimas secciones proponen hacer un estudio prospectivo. Se enfocará en los errores que como espacios de formación se hacen hacia los adultos, y finalmente comprender de forma propositiva la existencia del conflicto, y cómo podemos utilizarlo de manera creativa a través de las ideas utópicas, para construir un mejor Derecho y como consecuencia, una mejor sociedad.

1. EL EJERCICIO DEL DERECHO COMO UN MECANISMO DE EJERCICIO DE PODER

La Ciencia Jurídica es un mecanismo de mantenimiento de un determinado status quo. Esa es una verdad de Perogrullo que no puede ser obviada en el proceso de enseñanza y aprendizaje del Derecho. Considerando que el uso y abuso de las normas se manifiestan en mecanismos de *imperium* del Estado, es lógico que el uso de ese poder no es aséptico, sino que tiene influencias ideológicas y políticas. Este tema no se manifiesta ni en la literatura ni la práctica diaria ecuatoriana; al parecer existe una cierta cultura de urbanidad dentro del claustro universitario, que puede manifestarse por un fenómeno de "puerta giratoria": los y las docentes tienen una relación entre el sector público y el sector privado de entrada y salida (y convivencia), que vuelve al debate sobre la vida universitaria y sus consecuencias en el mundo jurídico como marginal y poco necesario.

En contraposición, la actuación de los docentes universitarios en las Facultades, y el claustro universitario como una herramienta de gestión de poder, es un tema ampliamente relatado por la doctrina. Para poder resumir el estado del arte, lo que se hará es analizar lo que plantean los textos frente al tema:

a. Función Social de la Universidad (y la carrera de Derecho): en un país con profundas desigualdades sociales, económicas y raciales, las universidades se han vuelto fuertes mecanismo de ascenso social: la abogacía es una profesión que da un capital social, simbólico, y especialmente jurídico, ya que da a sus operadores las herramientas necesarias para poder modular las acciones de los ciudadanos. Eso implica, como la gran mayoría de prerrogativas individuales, una función individual, signada en la posibilidad de los ciudadanos, y una función social, basada en cómo el uso de las normas su aprendizaje se traduce en una sociedad mejor. Eso, implica que lo aprendido en la Facultad se traduzca en una mejor capacidad de gestión y uso del ordenamiento jurídico. Esa no es una preocupación nueva. De hecho sucedía en Francia hace más de un siglo:

   "Hay que decir que la humilde consideración que se da hoy en nuestros tribunales a lo que antes era ciencia jurídica; la manía de juzgar y suplicar solo los hechos; la creciente elasticidad de los textos y la perezosa indisciplina de la interpretación; la sustitución de la equidad, es decir, la arbitrariedad, el imperio de la ley, han

creado tendencias perjudiciales que amenazan todos los buenos hábitos, los nobles escrúpulos y todas las tradiciones quizás estrictas pero saludables de los tiempos pasados " (Ferry, 1868: 3).

En ese orden de cosas, la eterna discusión de quienes enseñamos y aplicamos el Derecho, es lograr trasladar no solo las enseñanzas sino los valores respecto a la realidad. De otra manera no se construye educación, sino el mero uso de herramientas, desprovistas de una justificación sostenida en los más altos ideales humanos. Al respecto, la primera discusión que debe hacerse en las universidades es si las actividades de sus alumnos docentes mejora o disminuye el ejercicio de los derechos ciudadanos existentes en el Ecuador.

El ejercicio en el caso ecuatoriano, fue la construcción de una obligación legal, basada en la norma contenida en el Código Orgánico de la Función Judicial, en forma de prácticas profesionales. ¿Es suficiente eso como el aporte de la enseñanza del Derecho a la Sociedad? Frente a eso, hay que hacer una distinción entre el aporte *visible*, relacionado con lo que se hace en el mundo físico; y el aporte *invisible*, que se sostiene en la manera de ser *abogado*, que es lo que la Facultad de Derecho entrega a la sociedad.

En ese orden de cosas, las Facultades de Derecho pueden volverse espacios de reproducción de mecanismos de poder, o de cambio del sistema social. Dentro de sus paredes y sus aulas, las actividades jurídicas y de enseñanza son un permanente debate a favor y en contra de la realidad. En tal razón, cada universidad debe ser clara respecto a lo que quiere entregar a la sociedad en términos de debate. Al respecto, una heurística de actuación puede ser lo que se ve en la historia, entre la resistencia activa a la reforma administrativa hecha por las escuelas de derecho francesas del siglo XIX y XX (Savage, 2008), o el apoyo desde la academia americana al movimiento de derechos civiles (Shaffer & Shaffer, 1960). Dentro de esos dos extremos, entre continuidad y cambio, cada Facultad debe ubicarse, para poder reproducir poder de una manera acorde con su interés institucional y su sentido histórico.

b. Temas de enseñanza: los pensum de la gran mayoría de Facultades, amén del amplio proceso de reglamentación de las carreras de interés público realizada desde las agencias de control estatales, se basa efectivamente en temas de interés privado, signados todavía en el Código Civil. ¿Es esa la única forma correcta de hacerlo? En

relación con eso, lo que se puede apreciar es que nuestro paradigma románico-occidental ha generado una cierta escolaridad en los temas de estudio y los constriñen a temas cerrados, y planes de estudios limitados a cierto número de horas. En ese escenario cada Facultad de Derecho debería en este escenario encontrar una manera de demostrar una ventaja competitiva frente a otras. Eso no sucede en el caso ecuatoriano, ya que las instituciones de Educación Superior, en vez de enfocarse construir una identidad, se ven limitadas por presiones administrativas técnicas. Esa es una muestra de que Bourdieu confirme su teoría: la existencia de actores con mayo capital simbólico y político (El Estado y sus agencias) frente a actores cuyo mayor capital es simbólico. Para las instituciones de educación superior ecuatorianas, el reto es evocar el poder de lo simbólico, y recrear los mecanismos simbólicos (reputación, legado, estima social), frente a la regulación y el poder económico.

c. Contenidos de la enseñanza: sobre ese tema bien vale hacer una crítica estructural a toda la enseñanza ecuatoriana. La gran parte de la manera en que enseñamos y aprendimos Derecho se ha basado en el sistema kelseniano. Al respecto, Kelsen y otros autores considerados clásicos, son entendidos a través de fuentes secundarias, y desprovistos de su papel político, su sentido histórico y sus alcances dentro de una realidad determinada. En este sentido, es conveniente detenerse en la figura de Kelsen. Hay que tener presente que los textos del autor vienés, lejos de ser un análisis puramente técnico, tiene un interés político: separar al derecho de los contenidos no propios del mismo, y que no se vuelva una ciencia política. Eso supone que el Derecho recoja elementos de las ciencias exactas y que eso se manifiesta en formas jurídicas exactas. Al respecto el mismo Kelsen afirmó lo siguiente:

Es una ilusión suponer que una teoría de la ley natural podría dar una respuesta absoluta a la pregunta sobre la base de la validez de la ley positiva. Tal teoría ve la base de la validez del Derecho positivo en la ley natural, es decir, en un orden establecido por la naturaleza como autoridad suprema, por encima de la autoridad del legislador (Kelsen, 1992: 7).

Eso muestra que la acción social y política se inscribe en el sistema público, y educativo. Eso ha sido visto fuertemente en caso latinoamericano, que ha utilizado el sistema de Kelsen como un medio para hacer patente valores, sin tener en cuenta que por ser

una Teoría Pura, por basarse en un sistema de gestión y no de interpretación del Derecho *per se* (Medina, 2004).

Como se puede ver, ni el mismo autor estaba asumiendo su teoría como la más adecuada o la mejor aplicable. Se la ha propuesto como la que *didácticamente* resuelve mejor los problemas básicos de la importancia jurídica y la que *técnicamente* completa los vacíos existentes en la ciencia. Pero como toda teoría solamente explica el mundo de una manera, sin ser un reflejo de la realidad. Lo que nos ha sucedido a los abogados es que hemos explicado el Derecho a través de la repetición simple de los postulados de una (de tantas) explicaciones de la realidad. Eso por sí solo, es reproducir el poder cultural, y transformarlo en cambios en el campo social. Es por esto que las Facultades de Derecho deben tener en cuenta lo importante de las teorías que se enseñan, y como estas se trasladan en productos en la realidad.

d. Sobre los mecanismos de enrolamiento de docentes: Al respecto, la literatura establece tres elementos de discusión básicos:

El primero, y quizás el más obvio, es el atractivo económico de la enseñanza del Derecho como profesión. La segunda es la naturaleza de la profesión de la enseñanza de Derecho en sí: ¿Cuál es la persona que busca enseñar el Derecho como parte de su vida profesional? La tercera pregunta se refiere al sentimiento a largo plazo de logro y satisfacción en la carrera. (...). Una vez que hemos examinado estas preguntas tal vez podamos entonces abordar una cuarta pregunta: ¿Qué se puede hacer para que la enseñanza del Derecho sea una profesión más atractiva? (Christie, 1987: 306).

En el caso ecuatoriano se ha generado este espacio como un mecanismo de reproducción de poder básico. En primer lugar, y hasta años recientes, enseñar Derecho a tiempo completo era un camino a una vida económica bastante modesta, en comparación de los alicientes que suceden en el mundo privado o en el sector público ecuatoriano. Un aumento de sueldos ha vuelto a la profesión adecuada para que una persona pueda generar un proyecto serio de vida en relación con otros espacios. Sin embargo, un reto a mejorar en la instituciones de Educación Superior es mejorar y potenciar la planta de docentes de tiempo completo y tiempos parcial, de forma que el capital social y cultural de su *staff* pueda compararse con aquel del sector privado. Hay que asumir que la educación universitaria no solamente es un tema de *vocación*, ya que ese es un justificativo que impide crear una

cultura de calidad total, en la que la formación integral de la persona es una prioridad. Asimismo, implica hacer que una obsesión por los títulos, producto de una adecuación tecnocrática por parte de las agencias estatales (comprensible y entendible en la forma), genere un espacio con un equilibrio adecuado con la experiencia de la academia con la experiencia del ejercicio de la profesión. Se debe hacer que el *académico de Derecho* sea una profesión dentro de la Ciencia Jurídica y no un espacio mínimo y aislado.

La segunda pregunta es relativa al profesional del Derecho como persona. En ese aspecto, la violencia en el aula, es el peor mecanismo de repetición de poder: la existencia de historias y anécdotas peligrosamente y desgraciadamente jocosas de racismo, clasismo, o misoginia por parte de docentes universitarios, pueden entenderse como un mecanismo de reproducción de un capital simbólico y cultural que poco aporta en la creación de valores democráticos. En ese sentido, las relaciones entre estudiantes y profesores en el marco de la actividad académica que desarrolla nuestra Facultad, como toda relación entre adultos, deben fundarse en relaciones basadas en el mutuo respeto y en el reconocimiento de la dignidad que todos tenemos como seres humanos.

Por tal razón, en el caso de las y los estudiantes, su situación de razón de ser de toda la actividad educativa motiva a que se les brinde una protección especial. Debe tenerse en cuenta que los estudiantes se encuentran en una situación de asimetría de poder que obliga a las autoridades a generar mecanismos de protección. De no hacerse de esta manera, se impide la igualdad de oportunidades, la seguridad personal, la integridad física, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad ante la ley, la no injerencia arbitraria en la vida privada y la protección frente a ataques a su honra o reputación o a condiciones de empleo justas y favorables. Para evitar daños personales, grupales e institucionales, las Facultades no solo deben buscar escoger *buenos abogados, sino también buenas personas*. La gestión del talento humano debe buscar la construcción de personas integrales, que puedan ayudar a la construcción de un Derecho capaz de superar la teoría y poder llegar a actuar desde la empatía y la construcción de la igualdad completa entre seres humanos.

La tercera pregunta, es construir una gestión de la satisfacción de la carrera académica como un espacio de la actividad universitaria. Este hecho no solo habla de satisfacción académica, sino de calidad

de vida social. Fuera de lo que se supone desde fuera del mundo universitario, el trabajo dentro delas Facultades es poco visible, altamente competitivo, con pocos alicientes, egos en conflicto y con fuertes espacios de presión. La solución a ese tema debería ser la humildad máxima, especialmente frente al mundo jurídico. Una de los hechos, en un mundo basado en los títulos, y dentro de ellos, de dónde y cómo se ha obtenido, es que se realizan maestrías o doctorados como un mecanismo para construir una imagen en el sistema social y proteger su versión del *status quo*. Pero eso no sirve de nada ahora. Necesitamos doctores con hambre de gloria, y de arriesgar mucho por cambios estructurales en el sistema académico. Pero para eso necesitamos humildad, para construir un espacio de colaboración y sinergias entre las ciencias (Melin & Janson, 2006)[35]. Además, la salud emocional y mental de los docentes debe ser discutida y es un tema que debe analizarse con franqueza en el espacio académico. Las características de los académicos y las académicas se entrelazan para producir un sistema ecológico que, paradójicamente, puede generar espacios de construcción de conocimiento, pero también circunstancias personales de "baja supervisión, baja visibilidad del desempeño, libre de demandas de tiempo, y estándares de desempeño vagamente definidos y no forzados de rendimiento" (Thorseson, 1984:56), que puede llevar a episodios poco visibilizados de depresión, ansiedad y disminución del trabajo académico (University of California, Berkeley, 2014).

Como corolario de esta reflexión, es necesario construir una universidad atractiva a aquellos que quieran hacer carrera universitaria, con buenos, sueldos, espacios de trabajo adecuado a su profesión, cargas de trabajo adecuadas, y la posibilidad de ejercer su trabajo con un libertad académica equilibrada con estándares académicos de excelencia, que no sean solamente un discurso publicitario, sino un ejercicio universitario basado en su idea fundacional en el medievo: un lugar donde acumular y construir con la mejor gente posible, la mejor ciencia posible.

e. Finalmente, sobre el de la ética profesional dentro del pensum universitario. Sobre este tema, y considerando el poder fáctico las universidades como reproductoras de poder, no hay otro espacio que

35 A nivel personal, mi tránsito entre el derecho hacia las ciencias políticas me ha demostrado lo limitada y débil que es la ciencia jurídica para explicarlos hechos sociales y la necesidad de que se incluyan *inputs* de la ciencia política en su funcionamiento.

se construya una formación deontológica clara tanto en las prácticas como en los productos académicos. Eso implica una relación entre los actores dentro y fuera de la universidad en una relación de doble vía basada en que los profesionales de Derecho no pueden enseñar el *deber ser* de la norma, y fuera de ella, torcer la normatividad.[36] Al respecto, hay son responsables claros dentro de la academia y el mundo profesional:

> La codicia no es buena. La avaricia de los abogados y profesores de Derecho es un ejemplo. A medida que las vidas de los abogados superiores -especialmente los de las empresas de élite- se dominan por la persecución de horas facturables y como las vidas de los profesores de Derecho -especialmente las de las escuelas de élite- se ven dominadas por la búsqueda de becas y publicaciones. Los abogados y los profesores de Derecho están dando la espalda a mucho más que es importante. Y entre las más críticas de las responsabilidades que los abogados y profesores de Derecho que abandonan es la formación moral de los jóvenes - la formación de los estudiantes de Derecho y los nuevos abogados en profesionales con ética (Schiltz, 1998: 747).

Sobre esto, la reproducción de un capital simbólico que proteja, acepte y crea como "la letra colorada" (el espacio donde hay capacidad de actuar según los propios desee) de la Ley,[37] es absolutamente incompatible con la profesión y la acción del Derecho. Al respecto, la doctrina propone una respuesta clara de guía moral: "Haz a los demás como quisieras que te hicieran a ti. Se honesto. Sé justo. Sé cortés. Sé compasivo. Sea fiel a su palabra. Como reconoció Abraham Lincoln, "la virtud en un abogado no es muy diferente de la decencia común en ningún otro llamado" (Schiltz, 1998: 714). De no hacerlo, el resultado probable sería lo que la academia americana llama el "declinamiento moral de la profesión", que está signada por los siguientes elementos: La ética de los abogados está disminuyendo, tanto en el cumplimiento de los códigos éticos y en el compromiso con el bien público. En se-

36 Hay pocas frases que me molestan más como una que escuche en mi época de estudiante: "*a la ley no se la viola, se la enamora*" que al parecer fue pronunciada por un docente. Confío que ese esperpento sea apócrifo, pero refleja ese tipo de comportamiento de doble rasero moral que es incompatible con la enseñanza del Derecho.

37 Al respecto, la idea de "letra colorada" puede extraerse de los glosadores los Códigos Españoles del siglo XV. En algunos textos se plantea que existe una glosa de color rojo (colorado) que es distinta de las demás. (Rivadeneyra, 1847: 437)

gundo lugar la profesión ha sido incapaz de controlarse adecuadamente porque su sistema disciplinario es ineficaz. En tercer lugar, sea cual fuere el mérito y la fe en el profesionalismo y en la educación jurídica, tal mérito y fe ya no ofrecen un apoyo creíble a la posición académica de que la enseñanza de la ética legal no es esencial. Por tal razón, la creciente evidencia de la conducta antiética del abogado continúa provocando demandas de una mejor enseñanza ética de las escuelas de Derecho (Pearce, 1998).

En resumen, la construcción del poder jurídico en el caso ecuatoriano, se basa en que el sistema reproduce ciertas prácticas simbólicas, culturales y técnicas que no han sido visibilizadas en la práctica diaria, y de haber sido realizadas, solamente han sido entendidas como mecanismos puramente académicos. En tal razón, la gestión del Derecho y la mejora de todos los mecanismos que construyen la educación del mismo tienen que asumir estos espacios como necesidades de debate y mejora.

2. UNA PROPUESTA DESDE LA UTOPÍA

En este escenario, hay que proponer una manera de enseñar Derecho para los ecuatorianos, desde la realidad del país, y con la técnica de los docentes ecuatorianos, que sea capaz de adaptar tradición y modernidad, los cambios normativos, y que pueda formar y atender a los jóvenes que vienen de la sociedad más diversa que el Ecuador ha tenido nunca. Eso no es nada fácil. De hecho, la circunstancia que vivimos en las Facultades de Derecho no es una reforma del sistema: es una *singularidad social*: un espacio en que las capacidades tradicionales de la Educación Universitaria deben superar el sistema regulador o los paradigmas tradicionales, con el fin de que las actividades personales afecten de forma impredecible el sistema completo (Yudkowsky, 2007). Para poder hacer que esto suceda, hay que arriesgar como individuos y grupos y construir una metodología de la construcción de la utopía. Del Derecho que queremos y de la Facultad de Jurisprudencia que queremos. Porque es realizable y necesario, para construir un ordenamiento jurídico mejor.

En primer lugar, debe suponerse el fondo del Derecho no como un mecanismo de mantenimiento del poder o de un cierto estado de situación social, sino como un ejercicio colectivo en el que no solo se busca regular *lo que es*, sino aquello que *debería hacerse*. Eso es

consecuencia directa de la herramienta que se maneja en la Ciencia Jurídica: las normas legales, especialmente una Constitución como la ecuatoriana, con un amplio sistema de garantía de Derechos, delimita el tipo de sociedad en que vive y quiere vivir la gente (Almog, 2003: 148). Al enseñar un mecanismo de aplicar y entender el derecho, se está creando una forma de actuar y relacionarse con la gente, y se debe prever sus efectos positivos o negativos. Por tal razón, las Facultades de Derecho deben aplicar de forma expansiva un espíritu de mostrar al poder político lo que debe ser la sociedad y lo que debe ser el Derecho, de forma transparente y evitando una corrección política que puede ser peligrosa.

En segundo lugar, se debe asumir la realidad. Si deja(mos) la corrección política, el sistema jurídico es consecuencia de la falta de contenido ético de la profesión jurídica, su tendencia a la memorización y la falta de discusión de instituciones jurídicas que son entendidas de forma dogmático[38]. Una educación jurídica debe mostrar el Derecho como una herramienta, pero debe centrarse en la educación a favor de estudiantes competentes moralmente, pero también técnicamente competentes. No se debe olvidar una idea que:

> Kelsen y Hart compartían: la ley solo será necesaria para los seres humanos vulnerables, que no tienen suficientes bienes para distribuir y cuyo comportamiento no está garantizado debido al limitado altruismo (Avilés, 2003). Por eso, es necesario que se construya una educación signada por la protección de las personas, especialmente aquellas más vulnerables, y que valore las diferencias (Ferrajoli, 1999: 81), inclusive dentro de las Facultades, que tienen una tendencia a la uniformidad que debe evitarse.

---

38 Los sistemas jurídicos en Latinoamérica, no actualizados a las necesidades actuales y a los avances tecnológicos, crean, en última instancia "*una gran maquinaria de producir expedientes, certificaciones, notificaciones, etc., donde el juez es una suerte de administrador de tal oficina burocrática e ineficiente antes que un verdadero juez*." (Binder, 2002), que lo aísla del mundo exterior, complica las posibilidad de acción y aumentan la posibilidad de recibir influencias externas que lo hagan caer en corrupción. Igualmente, y dada la gran cantidad de procesos, se ha disminuido la calidad de la argumentación jurídica: "*la argumentación no tiene tanta importancia cuando lo que domina es el método memorístico... simplemente para aplicarlo (el ordenamiento) en los términos en que esté establecido por el legislador...*" (Simon y Navas, 2003)

En tercer lugar, hay que asumir responsabilidades. Las Facultades de Derecho deben asumir que el modelo de educación jurídica actual es responsable de los niveles del Estado de Derecho en el Ecuador. Eso obliga a asumir las consecuencias a nivel ético de los modelos de educación existente, por lo que es necesario que "la academia debe aceptar que una de sus funciones es preparar a los estudiantes para practicar la ley - y para practicar el Derecho éticamente. Los profesores deben "aceptar la idea de que están formando a los abogados y que entienden que el objetivo de su enseñanza en el aula es el cultivo de las cualidades que un abogado necesita para tener éxito en la práctica (Schiltz, 1998: 747). Implica entender que la fuerza del Derecho es la fijación de los límites de la acción y que el escenario de democracia delegativa (O´Donell, 2010), es imposible de apoyar desde cualquier situación.

Finalmente, hay que saber a dónde vamos. La utopía exige un lugar a donde llegar. Es un punto omega de cualquier acción de cambio, sea este estructural o una reforma administrativa básica. (Pollit & Bouckaert, 2010), que depende de la acción de sus élites, todo proceso estructural en el que se han integrado las estructuras de poder político-económico han sido una serie de acciones en el que en determinados momentos, se ha hecho una reorganización a gran escala de sectores de la actividad del Estado (Chase, 2002). Eso debe discutirse institucional y socialmente, y centrado en el modelo de Estado y Sociedad que se busca encontrar de este proceso. ¿Cuál es el modelo de democracia que se propone desde las Facultades de Derecho? Esa pregunta es necesaria, ya que el respeto del Estado de Derecho y la democracia, ya que la actuación de cualquier instancia está encaminada no solo a la buena marcha de su propia administración sino a la defensa de las libertades individuales (Camps, 1998).

3. CONCLUSIONES

En conclusión, necesitamos una educación que reproduzca un nuevo tipo de poder. Una educación jurídica diversa para una sociedad diversa, capaz de entender los cambios sociales, y que genere profesionales que vean el poder profundo de la ciencia jurídica para transformar la realidad, así como el peligro ético de sus actuaciones, de resultar equivocadas. Asimismo, asumir la necesidad de entenderse como actores en el acceso de la justicia: la existencia del Derecho como ciencia (a la que considero también una vocación y un arte), tiene, una utilidad fundamental: pese a sus errores, vacíos y lagunas, como el mejor modelo

generado por nuestra civilización para solucionar sus divergencias, y en suma, para modelar una sociedad mejor[39]. Para esto, y para finalizar este texto, se proponen tres temas básicos de debate: las Facultades deberían discutir: (1) un núcleo duro de creencias que sustente un modo de ilustrar el sistema normativo (2) un sistema normativo entendido en sus virtudes y defectos (3) la institucionalidad propiamente dicha, a lo que debería sumarse un 4) la administración de justicia como institución ser capaz de propiciar la solución de los problemas estructurales sociales que impiden el acceso a la solución de controversias. Solo así se puede construir una auténtica base que sea capaz de hacer una educación jurídica más real y, en consecuencia, un Derecho mejor.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Almog, S. (2003). On Law and Utopia: Rules vs. Principles? — A Comment on Ramiro Avilés's Reply. *Utopian Studies,* 14, 143-148.

Ávila Lizán, L. (2008). Acceso a la justicia y emancipación social. In R. (. Ávila Santamaría, *Neoconstitucionalismo y Sociedad* (163-216). Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Avilés, R. (2003). On Law and Utopia: A Reply to Shulamit Almog. *Utopian Studies*, 14(1), 133-142.

Binder, A. (2002). *La fragmentación de la profesión judicial y la uniformidad de la carrera judicial*. Santiago, Chile: CEJA.

Bobbio, N. (2001). *Liberalismo y democracia*. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.

Camps, V. (1998). *Evolución y características de los derechos humanos*. Los fundamentos de los derechos humanos desde la filosofía y el derecho. Madrid, España: Colectivo EDAI.

39 Al respecto, Bobbio (2001) es muy claro "*Se puede hablar de estado de derecho en sentido profundo para distinguirlo del estado de derecho en sentido débil, que es el estado no despótico, es decir, no regido por los hombres sino por las leyes*".

Chase, L. E. (2002). La reforma del Estado. En J. Fernández Ruiz, *Perspectivas del Derecho Administrativo en el Siglo XXI* (151-162). México, D.F., México: UNAM.

Christie, G. (1987). The Recruitment of Law Faculty. *Duke Law Journal*, 306-316.

Ferrajoli, L. (1999). *Derecho y Garantías, la Ley del más Débil*. Madrid, España: Trotta.

Ferrajoli, L. (2013). *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta.

Ferry, J. (1868). Lamentables etudes du droit. *Le Temps*. 3.

Kelsen, H. (1992). *Introduction to the Problems of Legal Theory.* (Litschewski Paulson, B. and Pau, S. Trans.) Oxford: Clarendon Press.

Medina, D. (2004). *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá, Colombia: Legis.

Melin, G. and Janson, K. (2006). What skills and knowledge should a PhD have? Changing preconditions for PhD education and post doc work. In U. (. Teichler, *The Formative Years of Scholars, Wenner-Gren International Studies* (105-117). Londres: Portland Press.

O´Donnell, G. (2010). Revisitando el concepto de democracia delegativa. *Casa del Tiempo*, III(31), 1-8.

Pearce, R. G. (1998). Teaching Ethics Seriously: Legal Ethics as the Most Important Subject in Law School. *Loyola University Chicago Law Journal*, 29(4), 719-739.

Pollit, C., y Bouckaert, G. (2010). *La reforma de la gestión púbica, un análisis comparado.* (I. N. Pública, Ed.) Madrid, España: Instituto Nacional de Administración Pública.

Rivadeneyra, M. (1847). Los códigos españoles, concordados y anotados. *Liber iudicium* ..., Volumen 1. Madrid: Imprenta de la Publicidad.

Savage, J. (2008). The Social Function of the Law Faculty: Demographics, Republican Reform, and Professional Training at the Paris Law Faculty, 1870-1914. *History of Education Quarterly*, 48(2), 221–243.

Schiltz, P. (1998). Legal Ethics in Decline: The Elite Law Firm, the Elite Law School, and the Moral Formation of the Novice Attorney. *Minnsesota Law Reviwe*(705), 746-787.

Shaffer, A. and Shaffer, R. (1960). The Law, Faculty Desegregation and Social Change. *Phylon*, 31(1), 38-47.

Simon, F., y Navas, M. (2003). *Diagnóstico de la enseñanza legal de los Derechos Humanos en el Ecuador*. Quito, Ecuador: Universidad San Francisco de Quito.

Thorseson, R. (1984). The Professor at Risk: Alcohol Abuse in Academe. *The Journal of Higher Education*, 55(1), 56-72.

Tremblay, R. (2016). *Humankind's future: social and political Utopia or Idiocracy?* Retrieved from OpEdNews: http://www.opednews.com/articles/Humankind-s-future-social-by-Roland-Michel-Trem-091101-248.html

University of California, Berkeley. (2014). *Top Predictors of Graduate Student Well-Being*. Universidad de Berkeley. Universidad de Berkeley.

Yudkowsky, E. (2007). *Three major singularity schools*. Retrieved diciembre 30, 2016, from Singularities: http://yudkowsky.net/singularity/schools

Recibido: 26/12/2017

Aceptado: 24/05/2018

Dr. Efrén Ernesto Guerrero Salgado: Docente Titular Principal PUCE Quito

Correo electrónico: matamur@gmail.com

Desplazamiento Forzado de los Pueblos Indígenas como consecuencia del Conflicto Armado: Un Estudio a partir de la Sentencia T-025/2004 de la Corte Constitucional Colombiana

Forced Displacement of Indigenous Peoples as a result of the Armed Conflict: A Study from the Sentence T-025/2004 of the Colombian Constitutional Court

Dra. Sorily Carolina Figuera Vargas, PhD.
Docente Titular PUCE Quito (Facultad de Jurisprudencia)

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 3, 2018, pp. 99-118, ISSN 2588-0837

RESUMEN: mediante un método jurisprudencial sociológico, se estudiará la Sentencia T-025 de 2004 y Autos de seguimiento de la Corte Constitucional, para determinar cómo se ha establecido un marco legal que busca restituir los derechos de las víctimas del desplazamiento forzado. Finalmente, se presentará el panorama del desplazamiento forzado de los pueblos indígenas, luego de la firma del Acuerdo de paz del 12 de noviembre de 2016.

PALABRAS CLAVES: desplazamiento forzado, conflicto armado, pueblos indígenas, Colombia, paz.

ABSTRACT: By means of a jurisprudential sociological method, there will be studied the Judgment T-025 of 2004 and the follow-ups of the Constitutional Court, to determine how there has been established a legal frame that seeks to return the rights of the victims of the forced displacement. Finally, one will present the panorama of the forced displacement of the indigenous peoples, after the signature of the Peace agreement of November 12, 2016.

KEY WORDS: forced displacement, armed conflict, indigenous peoples, Colombia, peace.

INTRODUCCIÓN

Según las Naciones Unidas y el Consejo Noruego de Refugiados (CNR) en su informe de 14 de mayo de 2014 se corroboró que el desplazamiento forzado de poblaciones en Latinoamérica continúa siendo una realidad, consolidándose como una problemática que se centra en Colombia, pese al proceso de paz en curso; así como en México y Honduras debido al crimen organizado. El número de desplazados en Latinoamérica llega a los 6 millones, según los datos más recientes, con una aplastante mayoría para Colombia con 5,5 millones. Según las investigaciones del Centro de Seguimiento del Desplazamiento Interno, que forma parte del CNR, hubo 156.918 nuevos casos de desplazamiento el año pasado en este país. (CNR, 2014).

El fenómeno del desplazamiento comenzó en Colombia en 1960 y se calcula que actualmente el 12 % de su población vive desplazada. Las causas principales de dicha realidad son los enfrentamientos armados entre grupos guerrilleros y fuerzas gubernamentales de seguridad, y las amenazas directas contra personas y comunidades. Igualmente influyen factores como el reclutamiento forzado de menores, la violencia sexual, el uso de minas antipersonales, la extorsión y los atentados contra defensores de derechos humanos. También son responsables los paramilitares y bandas criminales de estos abusos según el citado informe. (CNR, 2014).

En Colombia el desplazamiento se entiende como aquel punto de continuidad histórica presente en el acontecer nacional desde que se fundó este país hasta el día de hoy, que con el pasar de los años se ha manifestado entre profundas coyunturas y etapas de una estabilidad relativa dentro de la población. De tal manera, algunos análisis develan como el desplazamiento es un aspecto periódico y cuasi permanente dentro de los antecedentes históricos de Colombia, afianzado en la reminiscencia de las familias y de las poblaciones, permaneciendo fijados en la memoria de las poblaciones urbanas, consolidado como antecedente de la fundación de barrios en las grandes ciudades dentro de su territorio (Naranjo, 2001).

Ahora bien, dentro del contexto antes descrito se encuentra la situación de los indígenas como grupo étnico vulnerable. La Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en su informe de 2012 sobre la situación de los pueblos indígenas en Colombia, denunció que

en este país desde 1997 hasta 2011 se desplazaron un total de 106.562 indígenas y solo en el 2011 se desplazaron 4.080. Además, el Boletín N° 3/2012 de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), registró que para el año 2012 se verificó el desplazamiento masivo de 10.515 personas y 2.191 familias pertenecientes a comunidades indígenas, como consecuencia de combates entre la fuerza pública y grupos armados insurgentes (ACNUR, 2012 y OCNI, 2012).

Para enero de 2014, según entrevista concedida por Gabriel Muyuy, director del Programa Presidencial para Pueblos Indígenas, en Colombia 28% de los indígenas había sido desplazado, calificando la situación como crítica. Alegaba Muyuy la dificultad de contrarrestar ese escenario, por la carencia de coordinación entre el Gobierno Nacional y los gobiernos locales, al igual que, los departamentales. A esto se suma también, que el porcentaje dirigido a los pueblos indígenas, en comparación con la inversión general, está muy por debajo. (El Tiempo, 2014).

Como evidencia de lo antes señalado se observa como el 20 de abril de 2014 la Defensoría del Pueblo colombiana notificó que 37 indígenas del grupo Nukak, comunidad étnica de cazadores-recolectores, se vieron forzados al desplazamiento en el departamento del Guaviare, dadas las intimidaciones de grupos armados ilegales (Semana, 2014); y como el 26 de febrero de 2015 el Defensor del Pueblo Fredy Plaza Mañozca denunció un nuevo caso de desplazamiento forzado de una familia de arraigo indígena en el municipio de Pueblo Rico en el departamento de Risaralda (Caracol Radio, 2017).

En las próximas páginas se presentará un estudio sobre el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas colombianos enfocado en el análisis de la Sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional colombiana y sus respectivos Autos de seguimiento, que en definitiva han pretendido alcanzar la reparación colectiva de este grupo vulnerable en particular.

1. SENTENCIA T-025 DE 2004 Y AUTOS DE SEGUIMIENTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON EL DESPLAZAMIENTO FORZADO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL MARCO DEL CONFLICTO INTERNO COLOMBIANO

Sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional de Colombia

La Sentencia T-025 de 2004 mediante una acumulación de expedientes, se dictó para dar respuesta a los accionantes pertenecientes a representantes de la población desplazada dentro del territorio colombiano, entre los que destacaban las personas adultas mayores y menores, mujeres dirigentes de familia, al igual que, miembros de comunidades indígenas.

Específicamente,

> "...los demandantes habían interpuesto acción de tutela contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los Ministerios de Salud y del Trabajo y Seguridad Social (hoy Ministerio de Protección Social), el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el INURBE, el INCORA, el SENA; así como, contra varias administraciones municipales y departamentales. Esto por considerar que dichas autoridades no estaban cumpliendo con su misión de protección a la población desplazada y por la falta de respuesta efectiva a sus solicitudes en materia de vivienda y acceso a proyectos productivos, atención de salud, educación y ayuda humanitaria". (Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004).

Cuando se interpuso la acción de tutela, ciertos accionantes estaban sin recibir ayuda humanitaria, aunque estaban en el Registro Único de Población Desplazada. Se verificaba que en la mayoría de los casos había transcurrido un período largo (entre 6 meses y dos años) y estas víctimas del desplazamiento están sin recibir ayuda alguna, de parte de la Red de Solidaridad Social o de las otras entidades que tenían la misión de brindar atención a la población desplazada en aquel tiempo.

Según relata la citada sentencia, resultaba frecuente que a los desplazados se les sometiera a un peregrinaje institucional, sin recibir una solución eficaz. Así pues, se daba el caso que un grupo significativo de demandantes, por ejemplo, se habían postulado y presentado

solicitud para tener acceso a las ayudas para casas y para recibir el capital semilla o para recibir la formación necesaria para comenzar un proyecto productivo y luego de transcurrir los meses, no habían recibido respuestas de fondo sobre sus peticiones. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025 de 2004).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional frente al contexto antes descrito, en su Sentencia T-025 de 2004, concluyó que dada la situación de gran vulnerabilidad en el que estaban las personas desplazadas, así como, por el hecho que las diferentes autoridades delegadas de su atención, omitieron reiteradamente su responsabilidad, hizo que se verificara una violación de

> "...sus derechos a una vida digna, a la integridad personal, a la igualdad, de petición, al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la educación, al mínimo vital y a la protección especial debida a las personas de la tercera edad, a la mujer cabeza de familia y a los niños". (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025 de 2004).

Dicha violación, según la Corte, se produjo de forma masiva, dilatada y repetida, sin que se pudiese imputar a una única autoridad, sin que respondiese a un problema estructural que perjudicara a las políticas de atención planteadas, tanto por el Estado como por sus diferentes componentes. Esto gracias a una carencia de recursos dirigidos a financiar dicha política y a la insuficiente capacidad institucional para ponerlas en marcha. De tal forma, estas circunstancias conformaban un conjunto de cosas inconstitucionales establecidas de maneta formal en la Sentencia señalada. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025 de 2004).

En el mencionado fallo, ciertamente se determinó que en el año 2003 el número de nuevos desplazados había descendido y que respecto a la población desplazada las autoridades habían reconocido la urgencia de dar adecuada atención a su situación, habían diseñado una política para su protección y habían ejecutado diferentes instrumentos para su implementación, pero también es verdad que las acciones que desarrollaban estas autoridades para resguardar las prerrogativas de las personas desplazadas y los recursos efectivamente dirigidos a dar satisfacción de estos derechos, no estaban relacionados con los dictámenes de la Ley 387 de 1997. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025 de 2004).

En tal sentido, el veredicto en análisis dictaminó que el gasto social y de atención a la población marginada era considerado un gasto prioritario y que se había desplegado una política estatal de atención a la población desplazada, articulada en una ley de la República, así como un marco reglamentario detallado; al igual que, un parámetro del esfuerzo presupuestal necesario para cumplir las exigencias constitucionales y legales, establece el fallo también, que las autoridades encargadas de garantizar la suficiencia de estos recursos habían omitido, de manera reiterada, adoptar los correctivos necesarios para asegurar que el nivel de protección definido por el Legislador y desarrollado por el Ejecutivo, fuese alcanzado de manera eficaz. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025 de 2004).

La Sentencia T-025 de 2004 estableció que su objetivo no era realizar un recuento exhaustivo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en cuanto al desplazamiento forzoso, sino que pretendía determinar el alcance de los derechos de la población desplazada que habían sido protegidos por esa misma Corporación, teniendo en cuenta tanto el marco de la Carta Magna y legal, como la interpretación de la trascendencia de tales derechos compilados en el documento internacional de los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno (Organización de las Naciones Unidas, Doc E/CN.4/1998/53/Add.2, 1998).

El fallo resaltó que dada la multiplicidad de derechos constitucionales afectados por el desplazamiento, y al atender a las aludidas circunstancias de especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión en la que se encontraban los desplazados, la jurisprudencia constitucional había consagrado que estas víctimas tenían, en términos generales, un derecho a recibir en forma urgente un trato preferente por parte del Estado, en aplicación del mandato consagrado en el artículo 13 de la Carta Magna de Colombia. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 025 de 2004).

En definitiva, la Sentencia T - 025 de 2004 estableció y ordenó:

1. Declarar la existencia de un estado de cosas inconstitucionales en la situación de la población desplazada debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley; así como, en el volumen de recursos efectivamente destinados a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales.

2. Comunicar por medio de la Secretaría General, dicho estado de cosas inconstitucionales al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, para que dentro de la órbita de su competencia y en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales verificará la magnitud de esta discordancia y diseñará e implementará un plan de acción para superarla, dando especial prioridad a la ayuda humanitaria dentro de los plazos que taxativamente se fijaron en la misma decisión.

3. Comunicar, por medio de la Secretaría General, el estado de cosas inconstitucionales al Ministro del Interior y de la Justicia, para promover entre los gobernadores y alcaldes lo referente al artículo 7º de la Ley 387 de 1997 y, de esta manera, se adoptasen las decisiones necesarias para asegurar que existiese coherencia entre las obligaciones, constitucional y legalmente definidas, de atención a la población desplazada a cargo de la respectiva entidad territorial y los recursos que se debían destinar para proteger efectivamente sus derechos constitucionales. Además, que en la adopción de tales decisiones, dichas autoridades ofreciesen oportunidades suficientes de participación efectiva a las organizaciones que representaban los intereses de la población desplazada. Se ordenó que las decisiones adoptadas se comunicarán al Consejo Nacional a más tardar el 31 de marzo de 2004.

4. Ordenar al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia que dentro de los 3 meses siguientes a la comunicación de la sentencia en cuestión, adoptase un programa de acción, con un cronograma preciso, encaminado a corregir las falencias en la capacidad institucional, por lo menos, en lo que respectaba a las que fueron expuestas en los informes aportados al proceso.

5. Ordenar al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, que en un plazo máximo de 6 meses, contados a partir de la comunicación de la Sentencia estudiada, concluyera las acciones encaminadas a que todos los desplazados gozarán efectivamente del mínimo de protección de sus derechos.

6. Comunicar, por Secretaría General, del fallo al Ministro de Hacienda y Crédito Público, y al Director del Departamento Nacional de Planeación, para lo de su competencia. Igualmente, comunicar, por Secretaría General, de la misma a la Ministra de Relaciones Exteriores, para lo de su competencia.

7. Prevenir a todas las autoridades nacionales y territoriales responsables de la atención a la población desplazada en cada uno de sus componentes, que en lo sucesivo se abstuviesen de incorporar la interposición de la acción de tutela como requisito para acceder a cualquiera de los beneficios definidos en la ley. Tales servidores públicos debían atender oportuna y eficazmente las peticiones, en los términos de la competencia del Director de la Red de Solidaridad Social y; asimismo, ordenarle que instruyese a las personas encargadas de atender a los desplazados, para que les informasen de manera inmediata, clara y precisa la carta de derechos básicos de toda persona que hubiese sido víctima de desplazamiento forzado interno, según lo previsto en el apartado 10.1.4 de ese mismo dictamen y estableciese mecanismos para verificar que ello realmente sucediese.

8. En relación con las órdenes puntuales para el otorgamiento de las ayudas previstas en los programas de vivienda y de restablecimiento socioeconómico, la Red de Solidaridad Social, el INURBE o quien hiciere sus veces, FUDUIFI o quien hiciere sus veces, INCORA o quien hiciere sus veces, así como las entidades que estaban encargadas de estos programas a nivel departamental y municipal, las cuales debían contestar de fondo, de manera clara y precisa las peticiones presentadas por los actores en el proceso, teniendo en cuenta los siguientes criterios:

a. Incorporar la solicitud en la lista de desplazados peticionarios;

b. Informar al peticionario dentro del término de 15 días el tiempo máximo dentro del cual le debía dar respuesta a la solicitud;

c. Informar al peticionario dentro del término de 15 días si la solicitud cumplía con los requisitos para su trámite, y en caso contrario, indicarle claramente cómo podría corregirla para que pudiese acceder a los programas de ayuda;

d. Si la solicitud cumpliese con los requisitos, pero no existiese la disponibilidad presupuestal, adelantaría los trámites necesarios para obtener los recursos, determinaría las prioridades y el orden en que las resolvería;

e. Si la solicitud cumpliese con los requisitos y existiese disponibilidad presupuestal suficiente, se debía informar cuándo se haría efectivo el beneficio y que el procedimiento se debía seguir para que lo recibiese efectivamente.

f. Así pues, en todos los casos, debía abstenerse de exigir un fallo de tutela para cumplir sus deberes legales y debía respetar los derechos fundamentales de los desplazados.

9. Ordenar a la Red de Solidaridad, que a través de las distintas seccionales de las zonas donde se encontrasen los actores, se adelantará la evaluación de la situación de los peticionarios en un plazo no mayor a 8 días, que debían contarse a partir de la notificación de la misma sentencia, para que determinarse si se cumplían las condiciones objetivas del desplazamiento y de ser confirmado, se debía dar acceso inmediato a las ayudas previstas para su protección, en los procesos de los expedientes acumulados a los que precisamente respondía el fallo. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025 de 2004).

Ahora bien, como resulta evidente la Sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional ordenó al Estado colombiano una serie de medidas estructurales que buscaban prevenir y atender el fenómeno del desplazamiento en general. Así pues, ese Máximo Tribunal desarrolló un sistema de seguimiento para monitorear el grado de cumplimiento de sus órdenes y; para alcanzar ese objetivo, la Corte ha expedido unos autos donde se prevén preceptos de distinta naturaleza que buscan subsanar el estado de cosas inconstitucional en relación con los desplazados víctimas del conflicto armado interno. Algunos de estos autos presentan un enfoque diferencial y mediante una serie de mandatos han buscado la protección de grupos sociales vulnerables afectados por el desplazamiento forzoso (Rodríguez, Orduz, Rubiano, Boada y Arias, 2010) entre ellos los integrantes de comunidades indígenas, como es el caso de los Autos 004 de 2009; 382 de 2010; 174 de 2011; 173 de 2012, 051 de 2013; y 196 de 2014.

2. AUTOS CON ENFOQUE DIFERENCIAL QUE DAN SEGUIMIENTO A LA SENTENCIA T-025 DE 2004 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En relación con la población indígena desplazada producto del conflicto armado y para dar seguimiento y cumplimiento a sus mandatos de la Sentencia T-025 de 2004, en primer lugar la Corte Constitucional dictó el Auto 004 del 26 de enero de 2009, donde ordenó al Gobierno colombiano, representado por el Director de Acción Social y al Ministro del Interior y de Justicia, - con la participación de la Directora del ICBF, la Ministra de Educación, el Ministro de la Protección Social, el Ministro de Defensa y el Director del Programa de Acción Integral contra las Minas Antipersonal, cumplir con:

> Diseñar e implementar un Programa de Garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas afectados por el desplazamiento o en riesgo de estarlo, aplicando los parámetros constitucionales de participación de las organizaciones que abogan por los derechos de los pueblos indígenas, así como de líderes de los pueblos indígenas más afectados por el desplazamiento.
>
> Diseñar e implementar - con la participación efectiva las autoridades legítimas de los pueblos indígenas – planes de salvaguarda étnica ante el conflicto armado y el desplazamiento forzado para 34 pueblos indígenas: *el wiwa, el kankuamo, el arhuaco, el kogui, el wayúu, el emberá-katío, el emberá-dobidá, el emberá-chamí, el wounaan, el awá, el nasa, el pijao, el koreguaje, el kofán, el siona, el betoy, el sikuani, el nukak-makú, el guayabero, el u'wa, el chimila, el yukpa, el kuna, el eperara-siapidaara, el guambiano, el zenú, el yanacona, el kokonuko, el totoró, el huitoto, el inga, el kamentzá, el kichwa y el kuiva*, los cuales la Corte consideró que se encontraban en particular riesgo de extinción física y cultural.

Estas son dos órdenes de categoría distinta, una general dirigida a todos los pueblos indígenas colombianos y la otra con un carácter especial dirigida a pueblos específicos y, las mismas tenían como propósito proteger efectivamente todos los derechos de los pueblos y personas indígenas, entiéndase vida, integridad, territorio, participación, entre otros, frente al fenómeno del desplazamiento forzado, específicamente, en las esferas de la prevención y la atención. (Rodríguez et al. 2010).

Así pues, las bases metodológicas para la construcción de los contenidos y la consulta del Programa de Garantías se acordaron en la Mesa Permanente de Concertación (MPC) y en la Mesa Regional Amazónica (MRA), en mayo de 2009. Estos espacios tuvieron entre sus funciones el diálogo y la concertación sobre algunos temas generales de interés para los pueblos indígenas, sin que estén definidos de antemano como un espacio de consulta previa para todo tipo de medidas legislativas o administrativas. Es importante resaltar, sin embargo, que la MPC se convirtió en el principal espacio para la definición de la metodología de la consulta previa para medidas legislativas, la definición de la metodología para abordar el Auto 004 fue su primera experiencia relevante de alcance nacional.

Posteriormente, también en la MPC se concertó la metodología para la consulta del Plan Nacional de Desarrollo "Prosperidad para Todos", 2010-2014 (Ley 1150 de 2001) y la del Decreto 4800 del 20 de diciembre del 2011, con fuerza de ley dictada para regular la reparación y atención a víctimas indígenas expedido por mandato del artículo 205 de la Ley 1448 de 2011 (Garay y Barberi, 2012).

El gobierno en tres informes ha dado cuenta del avance de las órdenes contenidas en el Auto 004 de 2009, el primero del 31 de octubre de 2009, el segundo del 31 de enero de 2010 y el último del 2 de abril de 2010, sin que en definitiva se reflejen mayores progresos. En tal sentido, el Programa de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes evaluó la implementación y nivel de cumplimiento por parte de las entidades responsables para ejecutar las órdenes dictadas por la Corte en el Auto 004 de 2009 (en especial Acción Social y el Ministerio del Interior y de Justicia).

La primera estimación expuesta por el Programa antes mencionado, en el año 2010, era que se verificaba un cumplimiento por parte del gobierno en la adopción del programa de garantía, dado una demora considerable en los tiempos exigidos. Asimismo, este mismo Programa concluyó sobre los planes de salvaguarda para los 34 pueblos indígenas, que el gobierno había informado que debido a un acuerdo concertado con las autoridades nacionales indígenas, el inicio de las consultas previas deberían ser, para los pueblos que no solicitasen lo contrario, después de los encuentros departamentales para la adopción del programa de garantías, insistiendo que para esa fecha estaban retrasados (Rodríguez et al. 2010).

Es el caso que el Auto 004 de 2009 no analizó la situación del pueblo indígena hitnu o macaguán, la Corte Constitucional expidió el Auto 382 de 2010, en el cual evidenció la grave afectación de los derechos individuales y colectivos de esa comunidad autóctona y ordenó incluirla dentro de aquellas que se encuentran en riesgo de desaparición, establecidas en el Auto 004 de 2009. Además, la mencionada Corporación ratificó la carencia de un programa de atención diferencial dirigida a grupos indígenas por parte del Estado colombiano.

Luego, la Corte Constitucional emitió el Auto 174 de 2011 donde se dictaron medidas cautelares urgentes para la protección de los derechos fundamentales del pueblo indígena awá, ubicado en los departamentos de Nariño y Putumayo, en el marco del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004 y de las órdenes emitidas en el auto 004 de 2009. En el Auto 173 de 2012 la misma Corte adoptó medidas cautelares urgentes para la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas *jiw* o guayabero y *nükak* de los departamentos de Meta y Guaviare, en el marco del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004 y de las órdenes emitidas en el Auto 004 de 2009. Resulta relevante destacar como la citada Corporación en este último Auto ordenó a las Fuerzas Armadas colombianas, la devolución de seis hectáreas de tierras de pueblos indígenas del Meta y Guaviare en las que se había construido una base militar.

Mediante el Auto 051 de 2013, dictado por la Sala Especial de Seguimiento de la Sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional solicitó información a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas y a la Alcaldía Mayor de Bogotá - Secretaría Distrital de Integración Social; la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República y a la Personería de Bogotá; la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), al Consejo Regional Indígena de Risaralda (CRIR), a la Asociación de Cabildos Indígenas Embera, Wounaan, Katío, Chamí y Tule del Departamento del Chocó (OREWA); y a la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, a las Oficinas de los Altos Comisionados de las Naciones Unidad para los Refugiados (ACNUR) y para los Derechos Humanos (OACNUDH), sobre las medidas adoptadas para atender a las comunidades indígenas embera katío (Chocó) y embera chamí (Risaralda) que se encuentran desplazadas en la ciudad de Bogotá, en el marco de lo dispuesto por la sentencia T-025 de 2004 y en especial en el Auto 004 de 2009.

Por último, el Auto 196 de 2014 dictado por la Sala Especial de Seguimiento de la Sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional, hizo constar como en el marco de seguimiento a la situación actual de los pueblos indígenas que habitan las zonas de conflicto armado y violencia generalizada, estos grupos vulnerables se encontraban en riesgo potencial de ser víctimas de desplazamiento forzado, dado algunos sucesos revelados por el pueblo awá, presuntamente acontecidos durante el año 2014.

El mismo Auto, sobre la protección de los derechos territoriales del pueblo *jiw*, expuso como se había aportado a la Corte información por parte de la Unidad para las Víctimas y los líderes *jiw*, relacionada con la compra del predio "Las Zaragozas" para reubicar a 930 personas pertenecientes a la comunidad que se encontraban en situación de desplazamiento en el departamento del Meta. Sin embargo, los líderes jiw indicaron a esa Sala en mayo de 2014 como el INCODER había suspendido el proceso de adquisición del predio "Las Zaragozas", alegando una supuesta interferencia de la Alcaldía Municipal de Mapiripán, sin considerar los procesos de concertación previos, relacionados por la Unidad para las Víctimas en el VI informe de respuesta al auto 173 de 2012, en los que se acordó el saneamiento, adquisición y constitución como resguardo de ese predio.

Seguidamente el Auto 196 de 2014 determinó en relación con el Pueblo *Nükak,* como la Defensoría del Pueblo había alertado sobre el grave riesgo de desplazamiento forzado de sus integrantes en el departamento de Guaviare, especialmente los miembros asentados en el corregimiento "El Capricho" del municipio de San José del Guaviare. Fue así que, la Defensoría del Pueblo notificó como en mayo de 2014 fueron víctimas de desplazamiento 37 indígenas *ñükak*. La mencionada Sala Especial consideró además, las condiciones de las comunidades *embera katío* del departamento del Chocó y *embera chamí,* del departamento de Risaralda, víctimas del desplazamiento forzado asentadas en la ciudad de Bogotá y, a través de una inspección judicial, confirmó la afectación de sus derechos fundamentales.

Finalmente, el Auto antes citado determinó como producto de diferentes notas informativas consultadas, de informes de respuesta y seguimiento llevados por el Gobierno Nacional y los organismos de control, a la Corte Constitucional se le había hecho saber la supuesta ocurrencia de situaciones recientes que habían afectado a las comunidades *embera katío*, *chamí* y *dobida* del Alto Guayabal, Alto Baudó, Alto Andágueda en

el departamento del Chocó; Pueblo Rico y Mistrato en Risaralda y los asentados en la ciudad de Cali en el departamento del Valle del Cauca, específicamente, en lo relativo a los procesos de retorno de las comunidades *embera katío* y *chamí* que tuvieron lugar a finales de 2013 y, aparentemente, no contaron con los principios de seguridad y dignidad.

El Auto 196 de 2014 culminó dictando una serie de órdenes en el mismo tenor y dando continuidad a la Sentencia T-025 de 2004 y al Auto 004 de 2009 que buscaban salvaguardar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas colombianos víctimas de desplazamiento forzado y; de esta manera, continuar en el intento de subsanar el evidente estado de cosas inconstitucional que continúa en relación con este tema.

3. ALGUNAS EXPERIENCIAS POSITIVAS: JUSTICIA TRANSICIONAL Y RESTITUCIÓN DE TIERRAS INDÍGENAS

La Ley 1448 conocida como la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, fue promulgada el 10 de junio de 2011 por el Congreso Colombiano. El artículo 3 de esta Ley, establece que

> "VÍCTIMAS. Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno" (Ley 1448, 2011, art. 3).

Luego, en el artículo 72 y siguientes de la Ley 1448 de 2011 se consagra la regulación para restituir las tierras que pertenecen y han sido despojadas a las víctimas del conflicto armado colombiano. Ahora bien, en el caso específico de los pueblos indígenas, el Decreto 4800 del 20 de diciembre del 2011 que reglamenta la Ley 1448, les hace una mención particular en los artículos 216, sobre los informes periódicos de los programas de protección; artículo 217, sobre el procedimiento de la declaratoria de protección colectiva, ya que los miembros de los pueblos indígenas son considerados sujeto colectivo de derechos; artículo 223 sobre la reparación colectiva y artículo 241 sobre la conformación de un Subcomité de Enfoque Diferencial.

Dentro del contexto anterior fue creada la Unidad de Restitución de Tierras (URT). Se debe tomar en consideración que la Ley 1448 instauró un procedimiento legal para restituir y formalizar la tierra de las víctimas del despojo y abandono forzoso que se hubieren presentado desde el 1 de enero de 1991 con ocasión del conflicto armado interno. Dicho procedimiento es mixto, tiene una etapa administrativa (inscripción en el registro de tierras despojadas) y otra que consiste un recurso judicial (acción de restitución) (URT, 2015).

La URT es una entidad adscrita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, como instancia administrativa y tiene como principal objetivo el "servir de órgano administrativo del Gobierno Nacional para la restitución de tierras de los despojados" a que se refiere la Ley 1448 de 2011 y llevar el Registro Único de Tierras Despojadas. De tal manera, la URT es la encargada de diseñar y administrar el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas, en donde además del predio, se inscribirán las personas sujeto de restitución, su relación jurídica con la tierra y su núcleo familiar (URT, 2015).

En relación con el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas y los procesos de restitución de tierras de esta población vulnerable, la URT informa como el 24 de diciembre de 2013 el ente actuó en defensa de los indígenas de Puerto Colombia por medio de una medida cautelar solicitada al Juez Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Villavicencio, para salvaguardar los derechos territoriales de los pueblos indígenas sikuani, saliva y amorúa, que se han visto afectados por hechos de adjudicación a personas ajenas, intimidación por parte de grupos armados ilegales y discriminación.

Asimismo, el 5 de febrero de 2014 la URT presentó ante el Juez de Restitución de Tierras de Quibdó, la primera demanda de restitución de los derechos territoriales en el departamento de Chocó, a favor de 33 comunidades, lo que beneficiará a 7270 personas distribuidas en 1454 familias, pertenecientes al Resguardo Indígena *Embera – Katío* del Rio Andágueda, circunscrito al municipio de Bagadó.

El 25 de septiembre de 2014 se difundió la noticia que el Tribunal falló a favor del mencionado Resguardo, ante la solicitud de la URT de restitución de 50.000 hectáreas, las cuales el operador jurídico ordenó que fueran devueltas a las comunidades que durante años fueron sometidas a desplazamiento, asesinatos y reclutamiento forzado por la guerrilla, los paramilitares, narcotraficantes y las bandas criminales.

En ese sentido, el fallo determinó que por cuenta de la presencia de esos grupos ilegales y de la ofensiva de las autoridades para combatirlos, los indígenas terminaron desplazados en centros urbanos de Bogotá y Medellín. (El Tiempo, 2014).

El 7 de marzo de 2014 la URT radicó ante el juzgado designado para tal fin en el departamento de César, demanda por los derechos territoriales de la comunidad *wayúu* del asentamiento indígena de Nuevo Espinal, con el propósito de defender los derechos territoriales étnicos de 76 familias que hacen parte de esta comunidad indígena.

El 21 de mayo de 2014 la URT radicó ante el juzgado designado para tal fin en el departamento de César, demanda por los derechos territoriales de la comunidad *yukpa* del asentamiento indígena de Menkue Misaya y la Pista con el propósito de restituir los derechos territoriales étnicos de las familias que conforman ese resguardo indígena. La demanda busca restablecer los derechos vulnerados a esta comunidad por causas directas y subyacentes al conflicto armado interno en la Serranía del Perijá.

Igualmente, el 16 de abril de 2015 en una nota de prensa la URT relata cómo mediante la Dirección Territorial Magdalena, concluyó la caracterización de las afectaciones territoriales que ha sufrido el pueblo indígena *ette ennaka*, en el marco del conflicto armado colombiano. Expone como estas comunidades han sufrido, principalmente, por la incursión de grupos paramilitares entre 1995 y 2005, quienes llevaron al confinamiento al pueblo ette ennaka en los asentamientos Issa Oristunna, Ette Butteriya e Itti Takke, y al desplazamiento forzado de muchas familias (URT, 2015).

4. EL ACUERDO DE PAZ Y LA POBLACIÓN INDÍGENA DESPLAZADA

El Estado colombiano y la guerrilla de las FARC el 12 de noviembre de 2016 firmaron un acuerdo de paz que finalizó a una guerra de más de 50 años. Ahora bien, cabe reflexionar cuál es la situación de los indígenas desplazados desde entonces. Es de destacar que en Colombia se firmó la paz solo con uno de los grupos rebeldes, reportándose fuertes combates en distintas zonas. De allí que, al menos 58.000 personas, según cifras oficiales, se vieron en la necesidad de abandonar sus hogares en el año 2016. Las organizaciones humanitarias han señalado que, entre enero de 2014 y agosto de 2016, se verificaron

16.000 personas desplazadas en Colombia, como media (Euronews, 2017). El 9 de agosto de 2017 indígenas de Colombia reportaron que sus derechos estaban siendo violados, incluso el despojo de tierras, por grupos armados y multinacionales, muy a pesar al acuerdo de paz que puso fin al conflicto con la guerrilla de las FARC. Fue así que, Luis Fernando Arias, consejero mayor de la ONIC, declaró que "Los territorios indígenas hoy siguen siendo disputados por grupos paramilitares, por el ELN, las fuerzas militares, los grupos disidentes de las FARC, el narcotráfico, las multinacionales". (El Universo, 2017).

Así pues, la realidad es que si bien el acuerdo de paz firmado entre el gobierno colombiano y las FARC es un gran logro que no se puede negar, todavía hay mucho camino que recorrer para materializar efectivamente el fin del desplazamiento forzado de los pueblos indígenas en este país. Son muchos actores en juego y resulta evidente la necesidad de una estrategia que realmente neutralice el flagelo del desplazamiento forzado en Colombia.

5. CONCLUSIONES

Frente al panorama antes descrito se evidencian matices de lo que ha sido la realidad del desplazamiento forzado de los pueblos indígenas en el marco del conflicto armado colombiano y la intención de reparación dentro de un proceso de justicia transicional.

La Sentencia T-025 de 2004 y los respectivos Autos de seguimiento de la Corte Constitucional en relación con el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas han diseñado un esquema de reparación, mediante una serie de órdenes y dictando unas directrices, que si bien no han tenido la eficacia esperada, son la base del reconocimiento de un estado de cosas inconstitucional y del enfoque diferencial del que deben gozar estos grupos humanos dentro del conflicto armado. Indiscutiblemente, los avances no han sido contundentes y en el año 2015 se siguen verificando hechos que contradicen los mandatos de la Corte Constitucional colombiana, que exigen un cabal cumplimiento del programa de garantía y los planes de salvaguarda para los pueblos indígenas ya enumerados.

No obstante, cuando se estudian las acciones de la URT y se verifican logros como el dictamen judicial que ordenó la restitución de 50.000 hectáreas al Resguardo Indígena Embera – Katío del Rio Andágueda,

en donde 33 comunidades fueron víctimas sistemáticas de diferentes actores que representan los distintos ángulos del conflicto armado colombiano, se puede hablar de importantes logros. Es por ello que la visión final de este capítulo se declina por una posición positiva. Verdaderamente, hay un largo camino por recorrer, muchas irregularidades que subsanar, diversos derechos que restituir, pero existe una base jurisprudencial y un seguimiento de la misma en relación con el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas de Colombia.

El acuerdo de paz firmado entre el gobierno colombiano y las FARC el 12 de noviembre de 2016, fue un paso trascendental, un hecho histórico; pero aún, no ha sido definitivo para lograr la erradicación del flagelo del desplazamiento de los pueblos indígenas en Colombia. Se deben esperar los resultados de las nuevas políticas implementadas por el gobierno de este país suramericano, para neutralizar a todos los actores que intervienen e inciden en el conflicto armado y, así, poder lograr reestablecer los derechos de las personas desplazadas, especialmente, de los pueblos indígenas.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agencia EFE. (2014). *Los 37 indígenas Nukak desplazados*. Semana. Recuperado de http://www.semana.com/nacion/articulo/37-indigenas-nukak-desplazados-en-guaviare/384341-3.

Caracol Radio. (2017). *Desplazamiento masivo de comunidades indígenas en Pueblo Rico*. Recuperado de http://caracol.com.co/emisora/2017/04/28/pereira/1493401199_836829.html.

El Universo. (2017). Indígenas de Colombia denuncian violaciones de derechos pese a paz con las FARC. *El Universo*. Recuperado de http://www.eluniverso.com/noticias/2017/08/09/nota/6323056/indigenas-colombia-denuncian-violaciones-derechos-pese-paz-farc.

El Universo. (2014). Indígenas del Chocó recuperan 50.000 hectáreas que tenían mineras. *El Universo*. Recuperado de: http://www.eltiempo.com/politica/justicia/indigenas-del-choco-recuperan-50-mil-hectareas-que-tenian-mineras/14591396.

Euronews. (2016). Colombia: los acuerdos de paz no alivian la situación de los desplazados. *Euronews*. Recuperado de http://es.euronews.com/2017/03/16/colombia-los-acuerdos-de-paz-no-alivian-la-situacion-de-los-desplazados.

Garay, L.J. y Barberi, F. (2012). *El Reto ante la Tragedia Humanitaria del Desplazamiento Forzado: Superar La Exclusión Social de la Población Desplazada* II. Bogotá: USAID, OIM, Koninkrijk der Nederlanden.

Montes, D. (2014). El 28 % de los indígenas ha sido desplazado: Gabriel Muyuy. *El Tiempo*. Recuperado de http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13339302

Naranjo, G. (2001). El Desplazamiento Forzado En Colombia. Reinvención de la identidad e implicaciones en las culturas locales y nacionales. *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, 94 (1). Recuperado de http://www.ub.edu/geocrit/sn-94-37.htm

Organización Nacional Indígena de Colombia (2012). Por la Defensa, Respeto y Exigibilidad de los Derechos de los Pueblos Indígenas en Colombia. *Boletín n° 3/2012*. Recuperado de http://cms.onic.org.co/wp-content/uploads/downloads/2012/10/Reporte-Enero-Septiembre_2012.pdf

Rodríguez, C., Orduz, N., Rubiano, S., Boada, S., y Arias, F. (2010). *Pueblos Indígenas y desplazamiento forzado. Evaluación del cumplimiento del Gobierno colombiano del Auto 004 de la Corte Constitucional colombiana*. Justicia Global. Bogotá: Universidad de las Andes.

Websites

Unicidad de Restitución de Tierras de Colombia. (2014). *La Unidad busca devolver el territorio ancestral del resguardo indígena de Iroka, en la Serranía del Perijá*. Recuperado de https://www.restituciondetierras.gov.co/inicio

ACNUR (2012). *Situación Colombia Indígenas*. Recuperado de http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Colombia/2012/Situacion_Colombia_-_Pueblos_indigenas_2012

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 025 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Organización de las Naciones Unidas (1998). *Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno*. Organización de las Naciones Unidas. Doc E/CN.4/1998/53/Add.2. Informe del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para el tema de los Desplazamientos Internos de Personas. Recuperado de http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0022

Recibido: 21/12/2017

Aceptado: 25/05/2018

Dra. Sorily Carolina Figuera Vargas: Docente Titular PUCE Quito (Facultad de Jurisprudencia)

Correo electrónico: sorilyf@yahoo.com

Aplicación Temporal de la Ley Penal, Validez y Eficacia en Infracciones de Agresión al Estado

Temporary Application of Criminal Law, Validity and Effectiveness in Aggressions to the State

Renata Melissa Yunda López
Investigadora Jurídica, Blue Wave Ybstelcom S.A.

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 3, 2018, pp. 119-142, ISSN 2588-0837

RESUMEN: el siguiente artículo tiene por objeto el estudio y análisis del ámbito de aplicación de la ley en materia penal, este es uno de los cuatro efectos de la ley penal, además, se proyecta en el espacio, en el tiempo, en las personas y en la materia. "La temporalidad se refiere al tiempo, y cuando se relaciona lo temporal con la ley es sinónimo de vigencia" (Rosillo, 2017, 12). Una de las principales razones para proceder con esta investigación es brindar información certera acerca de la validez y la eficacia de la aplicación temporal de la ley penal, sobre todo a profesionales entendidos de la materia, para ello se utilizará distintos métodos de investigación que permitirán analizar y recolectar información referente al tema. Respecto al ámbito de aplicación temporal de la ley penal encontramos que la sucesión de las leyes penales plantea algunos problemas en cuanto a su eficacia temporal, uno de ellos es el de las leyes temporales que son emitidas para un período o una situación específica, pierde automáticamente o por derecho su vigencia. Pero, qué pasa cuando se aplica esta ley; si en materia penal se imputa a hechos punibles que tengan lugar solo después de su vigencia, uno de los errores que se comete es aplicar el principio de retroactividad de la ley penal más favorable al acusado. Tema que más adelante se extenderá y mostrará los motivos que inciden a cometer este tipo de errores. Además, se interpretará el Art. 16 Título V del Código Orgánico Integral Penal, referente al ámbito de aplicación temporal, de manera clara y concisa, logrando tener mayor entendimiento sobre cuando, a quienes y en qué momento debe ser aplicada.

PALABRAS CLAVES: ley, temporalidad, eficacia, validez, vigencia de la ley, infracción, principio de legalidad.

ABSTRACT: the article aims to study and analyze the scope of application of the law in criminal matters, this is one of the four effects of criminal law, in addition, it is projected in space, in time, in people and in the matter. "Temporality refers to time, and when the temporal is related to the law it is synonymous with validity" (Rosillo, 2017, page 12). One of the main reasons for proceeding with this investigation is to provide accurate information about the validity and effectiveness of the temporary application of the criminal law, especially to knowledgeable professionals, for this purpose different research methods will be used that will allow analyze and collect information regarding the subject. Regarding the temporal scope of the criminal law we find that the succession of criminal laws poses some problems in terms of its temporary effectiveness, one of which is that of temporary laws that are issued for a specific period or situation, automatically loses or by right its validity. But, what happens when this law is applied; if in criminal matters it is attributed to punishable acts that take place only after its validity, one of the errors committed is to apply the principle of retroactivity of the criminal law more favorable to the accused. Theme that will later be extended and will show the reasons that affect to commit this type of errors. In addition, Article 16 Title V of the Comprehensive Criminal Organic Code, referring to the scope of temporary application, will be interpreted in a clear and concise manner, achieving greater understanding of when, to whom and at what time it should be applied.

KEY WORDS: law, temporality, efficacy, validity, effectiveness of the law, infringement, principle of legality.

INTRODUCCIÓN

El Derecho debe tener un poder fácticamente efectivo, Jurgen Habermas dice que si el Derecho quiere ser efectivo[40] "debe ser válido, legítimo, sin que con ello se agoten los requisitos de legitimación". Habermas, sostiene que existe una tensión interna entre eficacia y validez; sin embargo, la eficacia del Derecho no se desplaza esencialmente respecto de la concepción que su existencia pertenece a la esencia

40 Habermans, J. (2009). Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho, Universidad Johann Wolfgang Goethe. 240.

del Derecho. Es de suma importancia decisiva que las leyes coactivas deban acreditar su legitimidad, con leyes libertarias en el proceso y solamente por el tipo de proceso que establece la ley.

Para que una norma jurídica sea válida, debe ser creada por un acto que es un hecho existente en el tiempo y el espacio. Un orden jurídico considerado como un todo, y las normas jurídicas que lo constituyen, se consideran válidas, si son obedecidas y aplicadas en todos los ámbitos, es decir, si posee eficacia. Pero no debemos confundir su validez con su eficacia, la validez quiere decir que la ley debe ser obedecida y aplicada; la eficacia se refiere a que de verdad está siendo obedecida y aplicada, por ello se entiende[41] "que la eficacia es solamente una condición de la validez, no es igual a ella".

La ley por carácter general surte efecto únicamente durante su vigencia, lo que se traduce en la irretroactividad de la ley como principio general. Pero existen excepciones a esta regla de la ley penal en el tiempo, que permiten su retroactividad; principio del que se hablará en profundidad más adelante, y por ende su aplicación a un caso determinado que sucede mientras esta ley aún no estaba vigente.

Como ya se ha mencionado anteriormente, es de aplicación la ley vigente en el momento de comisión del hecho punible, al ser esta una regla que se deriva del principio de legalidad. Esto quiere decir que las leyes penales solo alcanzan a los hechos cometidos después de su entrada en vigencia.

El Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, recoge este principio en su artículo 16 numeral 2 según el cual[42] "se aplicará la ley penal posterior más benigna sin necesidad de petición, de preferencia sobre la ley penal vigente al tiempo de ser cometida la infracción o dictarse sentencia". En concordancia con lo establecido la[43] "ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el Registro Oficial, salvo disposición contraria de la misma que posterga su vigencia en todo o en parte".

Los efectos de la ley en el tiempo, establecen cuestiones relativas

41 Kelsen, H. (2005). *Validez y Eficacia del Derecho*, Editorial Astrea, 49-50.

42 Código Organico Integral Penal, Registro Oficial 180 del 1° de julio de 1895, Última Edición 10 de febrero de 2014.

43 Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008, Artículo 137, Párrafo 3.

a su vigencia: el momento en que inicia su vigencia y cuando esta termina. Surgen problemas de conflictos[44] entre leyes que provocan preguntas técnicas, para resolver aquello es necesario el establecimiento de alguna regla de segundo orden que establezcan criterios para determinar que leyes se deben aplicar (la anterior o la posterior; la nacional o la internacional).

Estos conflictos surgen porque las relaciones jurídicas con frecuencia no son instantáneas, más bien se prolongan a lo largo del tiempo, esta materia es regulada por algunos principios que se encuentran recogidos en el Código Civil ecuatoriano y por normas específicas establecidas en la ley sobre efecto retroactivo de las leyes. Respecto a la Vigencia de la ley existen dos principios a los que se debe regir: vigencia inmediata de la ley e irretroactividad de la ley. Las leyes penales, en principio, no tienen efecto retroactivo como lo establece el Código Civil[45], "La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo", cabe recalcar que en el inciso 22 literal (a) expresa "Lo que una ley posterior declara absolutamente imprescriptible no podrá ganarse por tiempo, bajo el imperio de la nueva ley, aunque el prescribiente hubiere principiado a poseer conforme a la ley anterior que autorizaba la prescripción", esto quiere que decir ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

El principio de legalidad penal es el fundamento de la irretroactividad de las leyes penales. Como dicen Cobo Del Rosal y Vives Antón,[46] "... generalmente, las razones que se han ofrecido para justificar la irretroactividad de la ley penal vienen girando en torno a los criterios que dimanan del régimen de garantías, que no sería otra cosa, sino concreción del principio de legalidad...", se refiere a que , el principio de legalidad, sintetizado en la conocida máxima *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, atribuida a Feuerbach y que[47] da lugar a las lla-

44 Barros, E. (1995). *Vigencia de la ley. Efectos de la ley en el tiempo*, Universidad de Chile. 1.

45 Código Civil Ecuatoriano, Registro Oficial N° 46 del 10 de mayo del 2005, Artículo 7, párrafo 3.

46 Cobo Del Rosal, V.A. (1999). Comentario al art. 2 del Código Penal, en *Comentarios al Código Penal* (Dir. por Manuel Cobo del Rosal, Ed. Edersa, Madri), I. 72.

47 La apreciación de estas características se suele atribuir a Maurach. Tratado de Derecho Penal (trad. por Córdoba Roda, Barcelona, 1962), I, 8, V, A. 100. Citado por Urzúa, C. (1996). Derecho Penal. Parte General (2ª edición, tomo I, Santiago de Chile). 143.

madas garantías del principio de legalidad, criminal, penal, y de ejecución comporta que para que la ley cumpla dichas garantías, debe reunir ciertas características, como ser anterior al delito (*lex praevia*), escrita[48], lo que excluye la costumbre como fuente directa de Derecho Penal (*lex scripta*) y formulada con precisión, lo que excluye la aplicación de la analogía – prohibición dirigida al juez penal– e impone el respeto del principio de taxatividad o mandato de determinación –exigencia destinada al legislador– (*lex stricta*).

Así en la doctrina, tradicionalmente, se ha exigido la irretroactividad de la ley penal (*lex praevia*) cuando se explica el contenido del principio de legalidad.

1. PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

La irretroactividad de las leyes penales y el principio de vigencia temporal, son elementos que deben estar en constante coordinación. En ambos casos la ley no puede regular ni aplicarse sino únicamente aquellos hechos cometidos bajo su período de vigencia temporal (*tempus regit actum*). Este principio se refiere a que está prohibido aplicar una ley desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor, al mismo tiempo establece que los efectos de una ley perjudicial, cesan cuando han terminado su imperio, sea porque en una sucesión de leyes se contempla la situación más afable o porque se deja de contemplar.

Existen dos tipos de vigencia temporal para las leyes penales: vigencia formal, es el tiempo que media entre la entrada en vigor de la ley y su derogación y vigencia material, que se aplica exclusivamente a los hechos ocurridos bajo su imperio, la prohibición de retroactividad[49]

---

48 Así, en lo que respecta a la lex stricta y su contenido: Mourullo, R. (1971). Principio de legalidad, en Nueva Enciclopedia Jurídica (Barcelona), XIV. 888; PUIG, M., Derecho Penal. Parte General. 78; Mourullo, R. (1995). Introducción a las bases del Derecho Penal. 145. Sin embargo, hay quienes derivan el mandato de determinación de la exigencia de una lex certa (exigencia hecha por Jescheck; véase Cury Urzúa, Derecho Penal. Parte General. 144), reservando la noción de lex stricta para la prohibición de aplicación de la analogía. García-Pablos, Derecho Penal. Introducción (Madrid). 248; Hassemer, Fundamentos del Derecho Penal. 314 y ss.; Zugaldia Espinar. (1993). Fundamentos de Derecho Penal (3ª edición, Ed. Tirant lo blanch, Valencia. 281.

49 Ruiz, L. (2011). *El Principio de Irretroactividad de la Ley Penal en la Doctrina y la*

significa que al impedir que se aplique la ley desfavorable alcanza no solamente a los hechos que han tenido lugar con anterioridad desde su entrada en vigor, sino también a las consecuencias o situaciones que tienen lugar bajo su vigencia, pero han sido generadas previamente por la ley anterior más benigna.[50]

La exigencia de la prohibición de retroactividad únicamente se acatan si la totalidad de los presupuestos fundamentadores del delito o de la pena fueron realizados bajo el período de vigencia de la ley posterior más estricto, exactamente lo opuesto es la aplicación de la ley más benigna: no es necesario que ningún presupuesto del delito o de la pena tenga lugar bajo su vigencia para poder tomarla en consideración en el caso que suceda a otra más gravosa.[51]

La extensión que debe darse al principio de irretroactividad de la ley penal, alcanza a todo hecho o circunstancia cuya toma en consideración da lugar a la aplicación, con carácter retroactivo, de una disposición sancionada desfavorable o restrictiva de Derechos individuales. De esta manera la irretroactividad comprende, bajo esta premisa, cualquier presupuesto que vaya a ser tomado en cuenta en la declaratoria de culpabilidad y que contribuya a fundamentar desfavorablemente un delito o una falta.

Las mismas consideraciones deben hacerse para las leyes penales en sentido estricto: sin perjuicio de la cuestión de fondo o forma que plantean.[52]

1.1. Retroactividad de la ley

La palabra "retroactividad", deriva del latín, significa "retro agüere" accionar, hacia atrás, obrar hacía atrás. De acuerdo con las fuentes romanas se acude a varias expresiones: "retroagitur", "reducitur" o "res retroducitur" y activus, que produce efectos y por tanto significa

Jurisprudencia, Derecho Penal, Universidad de Extremadura. 153- 154.

50 Ruiz, C., en comentarios, II. 39, Mourullo, R., Derecho Penal. 126.

51 Cobo del Rosal, M. y Vives Antón. (1986). Derecho Penal. 141, Admiten los principio de irretroactividad desfavorable y retroactividad favorable.

52 Sobre su posible inconstitucionalidad, por no respetar la garantía de reserva de ley. Cobo del Rosal, M. y Boix Reig. (1982). Garantías Constitucionales del Derecho Sancionador, Madrid.

actuar sobre el pasado.[53] Suárez Collía, la define "en una sucesión temporal de leyes, la aplicación de la norma jurídica nueva, a supuestos de hecho, actos, relaciones y/o situaciones jurídicas nacidas o constituidas con anterioridad a su entrada en vigor y que tuvieron su origen bajo el imperio de otra norma derogada".[54]

La no aplicación de la retroactividad de la ley, se relaciona con el principio de legalidad y la seguridad Jurídica,[55] elementos fundamentales del Estado de Derecho que garantizan a las personas el conocimiento del alcance de su libertad, así como los límites del poder punitivo del Estado.

Su prohibición en perjuicio de persona alguna forma parte del derecho a la estricta aplicación, que no solo forma parte en materia penal, sino también le corresponde a la legislación civil.

Como ya se ha visto, este principio tiene gran relevancia en materia penal, ya que se refiere a toda norma que pueda afectar un derecho humano o adquirido, Javier Dondé, señala que el principio de legalidad en materia penal se integra por la no aplicación de la retroactividad de la ley[56], es decir, solo aplica la norma que está en vigor cuando los hechos punibles se cometieron.

Esta prohibición también es conocida en el ámbito internacional, en aquellos casos que involucran conflictos armados, cabe señalar que la no aplicación de la retroactividad, no es imputable cuando la norma favorece a la persona, por ejemplo cuando se suprime un delito y se reducen las sanciones o bien se reconocen nuevas causas de justificación.[57]

53 Verdera Izquierdo, B. (2006). *La irretroactividad: Problemática general.* Editorial Dykinson. Madrid. 11.

54 Suárez Collía, JM. (2005). *La retroactividad: Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas.* Edita Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 11.

55 Aranda, D. (2003). *Derecho Penal,* Parte general (conceptos, principios y fundamentos del Derecho Penal mexicano, conforme a la teoría del delito funcionalista social), UNAM, México. 68.

56 Donde, J. (2010). *Principio de Legalidad Penal*. Perspectivas del Derecho Nacional e Internacional, México: Porrúa. 109.

57 Maier, J. (2003). *Derecho Procesal II*, Parte General. Sujetos Procesales, Buenos Aires, Editores del Puerto. 79.

Un acto es retroactivo cuando obra sobre el tiempo pasado, por lo tanto una ley es retroactiva cuando obra en tiempo pasado, siempre y cuando rijan situaciones existentes con anterioridad a su vigencia.

Para Moto Salazar, la retroactividad puede ser retroactividad negativa o positiva[58]; es negativa cuando no permite su aplicación en perjuicio de persona alguna, y la positiva es aquella que está permitida en su aplicación y viene a constituir una obligación para el juez competente, por ser la que más beneficia al inculpado.

La aplicación del principio de retroactividad o irretroactividad de las normas debe llevar a una solución equilibrada, no hermética, objetiva y acorde con la realidad que se vive en cada momento, al ponderar todas las circunstancias y los intereses en cada caso.

En materia penal rige el principio que la nueva ley no afectará al demandado, pero puede ser aplicada en el tiempo hacia atrás, en caso que esa norma lo beneficie.[59] Así lo establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11 inciso 2. Sin embargo, existen excepciones a la irretroactividad de las leyes como ocurre en el caso de los delitos de lesa humanidad.

Para Carlos D., "por el principio de seguridad jurídica se encuentra vedada la aplicación retroactiva de la ley penal más gravosa…en cuyo caso debe aplicarse la ley penal sustantiva vigente al momento de cometer el ilícito…".[60] Este precepto afirma que la seguridad jurídica es uno de los elementos más afectados como consecuencia de la retroactividad de la ley.

1.2. Principio de Legalidad

El principio de legalidad es formulado bajo el aforismo que se le atribuye a Feuerbach, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, quiere decir, no hay delito ni pena sin una ley que lo sancione, una ley que debe ser previa a la comisión del hecho delictivo y una ley que debe serlo tam-

58 Saavedra, J. (1994). *Aplicación Retroactiva de la Ley Penal*, Anuncio Jurídico. Nueva Serie. 304.

59 Declaración Universal de los Derechos Humanos, Registro Oficial 10 de diciembre de 1948, Resolución 217, Artículo 11 inciso 2. 2015.

60 Carlos, D. (2012). *Retroactividad e Irretroactividad,* Los tiempos. 7.

bién en sentido formal, esto es, una norma emanada de la Asamblea como órgano de la representación política.

La legalidad no es, sin embargo, un concepto reciente; al margen de precedentes más o menos remotos,[61] cabe considerar al principio de legalidad como un "hijo de la Ilustración" que surge en los orígenes ideológicos del Derecho Penal moderno como la primera consecuencia del fundamento contractual del *ius puniendi*, pero también, y al mismo tiempo, como el primero de sus límites.

El principio de legalidad debe ser también entendido como expresión del principio democrático-representativo.[62] Desde esta perspectiva, el principio de legalidad no solo debe garantizar el imperio de la ley frente al activismo judicial y exigir la previa tipificación de las conductas delictivas sino que, además, debe asegurar que el contenido de la ley constituye una expresión de la voluntad general.

El principio de legalidad, con el significado que tan solo el Poder Legislativo es el que puede decidir lo que resulta punible, al establecer los preceptos primario –descripción típica– y secundaria –sanción penal–, tiene como fuente principal de inspiración la doctrina de la separación de los poderes de Montesquieu[63]. Desde entonces, se hizo definitivamente inadmisible, particularmente en materia penal, en virtud de sus derechos, reflejos con relación a importantes derechos humanos fundamentales[64], el Poder Ejecutivo asume la tarea de definir delitos y describir penas, puesto que cuida de legítima y exclusiva función del Legislador, que es el único representante del pueblo, autorizado para ello.

Para respetar el principio de legalidad no basta tan solo editar una norma. Hay que sujetarse a todas sus exigencias. Si se tratase únicamente de editar un texto normativo, se podría concluir que el Presidente de la República puede legislar en materia penal por medida

---

61 Lamarca, C. (2012). Principio de Legalidad Penal, Eunomía. *Revista en Cultura de la Legalidad*. Universidad Carlos III de Madrid. 157.

62 Arroyo, L. (1983). *El Principio de Determinación del Hecho Punible en la Doctrina del Tribunal Constitucional,* Madrid. 18.

63 Montesquieu. (1992). O espírito das leis, trad. de Pedro Vieira Mota, 2ª ed., São Paulo: Saravia, especialmente "Libro Décimo Primeiro". 161.

64 Gómes, L. (2001). *El Principio de Legalidad y sus Garantías Mínimas: Una Contribución al Estudio de la Garantía de la "Lex Populi"*, Universidad de Castilla- La Mancha. 1028.

provisional; además, se podría decir que hasta el legislador (mediante la ley) puede elaborar una norma retroactiva o imprecisa, hasta permitir analogía contra el reo[65]. Sin embargo, en un Estado que asume el modelo liberal del Estado de Derecho, está vedado.

El principio de legalidad fue concebido como barrera de contención, y punto límite a la corrupción de los gobiernos y a su vez como garantía de los ciudadanos contra el exceso, desproporción y abuso del arbitraje del Estado[66], al hacer uso del poder punitivo.

De allí que, nadie pueda verse obligado a aquello que la ley no ordene. Además, la legalidad se entronizó como garantía de la igualdad y la seguridad jurídica debido a que la ley al incorporar un mandato abstracto, universal e impersonal, se dirige a todos los miembros de la sociedad; esto permite que el delito y su sanción sea igual para todos, sin distinción que diversos estamentos sociales (nobleza, milicia y clero), cuando estaba en manos del monarca definir lo que es delito y su castigo; así mismo, el tener reglas claras le permite al sujeto prever las consecuencias de sus actos y amoldar su conducta dentro de su ámbito de libertad individual.

El principio de legalidad natural, se entiende como la ley que rige el acontecimiento, el acontecimiento se sujeta a la ley, y jamás se espera que el acontecimiento viole la ley,[67] seria antinatural. Ahora bien, en el mundo del Derecho no existe tal metáfora, debido a que la relación de causalidad que hay en el mundo natural no existe en el Derecho. Lo que hay en el mundo jurídico es una relación de imputación, una conexión entre el acto y la consecuencia,[68] porque el mundo del Derecho es un deber ser.

Rolando Tamayo y Salmorán, conciben el principio de legalidad como:

> (…) el principio de legalidad es presupuesto en todo discurso jurídico, tanto en la “descripción” (textos y tratados) como en la

65 Cobo del Rosal, T. y Vives Antón, M. Estado-de-Derecho…, en *Comentarios a la Legislación Penal,* t. I/11.

66 Ulloa, A. (2013). Principio de Legalidad y Derecho Penal Contemporáneo, *Revista de Derecho*, Ecuador, Párrafo 4.

67 Islas Montes, R., (2009). Sobre el Principio de Legalidad, *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*. 100.

68 Kelsen, H. (2007). *Teoría para el derecho*, México. 96.

argumentación (alegatos). El principio opera en dos niveles: descriptivo y justificativo. El tenor del principio podría formularse así: (1) es regla de competencia; i, e., es el derecho de un Estado (...) todo acto jurídico (orden, decisión, mandato) supone una norma jurídica que confiere facultades; todo poder o facultad requiere necesariamente de fundamentación jurídica. (2) La legalidad debe controlar los actos de los funcionarios (e, g., el exceso o desvío de poder, decisión ultra vires, son cuestiones jurídicas).[69]

Con lo expuesto en el párrafo anterior, el principio de legalidad se opone a los actos que estén en contraste con la ley, a los actos no autorizados por la ley y aquellos que no están regulados completamente por la ley. Este principio demanda la unión de todos los órganos estatales de Derecho, en otras palabras; todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades debe tener apoyo estricto en una norma legal, la que, a su vez, debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma recogidas en la Constitución.

Estado de Derecho se traduce en la certeza que la autoridad estatal solo podrá actuar con fundamento en algún precepto legal. Por el contrario, un individuo podrá hacer todo aquello que la ley no le prohíba. Esto es lo que también se conoce como principio de legalidad. Hans Kelsen, lo explicó con claridad: Un individuo que no funciona como órgano del Estado puede hacer todo aquello que no está prohibido por el orden jurídico, en tanto que el Estado, esto es, el individuo que obra como órgano estatal, solamente puede hacer lo que el orden jurídico le autoriza a realizar.[70]

Así es expresado el principio de legalidad en su aspecto meramente formal. Para el profesor español FRANCISCO LAPORTA, este aspecto del principio de legalidad es un “universo ético”, es decir, “no es una propiedad del Derecho, algo inherente a la mera existencia empírica del orden jurídico, algo que nace ya con la mera norma jurídica, sino que es un postulado metajurídico, una exigencia ético-política o un complejo principio moral que está más allá del puro derecho positivo, o dicho en términos familiares, que no se refiere al derecho que es, sino al derecho que debe ser”.[71]

69 Tamayo, R., y Salmorán. (2015). *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de occidente,* México, UNAM. 214.

70 Kelsen, H. (1995). *Teoría general del Derecho y del Estado*. 227.

71 Laporta, F. (1994). *Imperio de la ley*. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías

Además, existe un grado de legalidad superlativo: la constitucionalidad o superlegalidad. Tamayo y Salmorán, mencionan que "es claro percatarse que el principio de constitucionalidad, no es sino un caso especial de legalidad.

Establece la competencia y el control, la conformidad del ejercicio de la competencia y el resultado de ella; además, faculta y vigila la adecuación de los actos de autoridad al orden supra legal, porque (...) en un Estado de Derecho moderno, no basta la existencia de normas jurídicas por parte de quién detenta el poder político, sino que es necesario, para garantizar el imperio de la legalidad y estas normas deben contar con una serie de características en su origen y estructura... y que sean respetadas aplicando determinados criterios. [72]

2. INTERPRETACIÓN DEL Art. 16 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, REFERENTE AL ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL

Antes de iniciar, es importante establecer que se entiende por interpretación jurídica, para Riccardo Guastini, la interpretación en estricto sentido se emplea para referirse a la atribución del significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno al campo de aplicación[73]. Esto nos lleva a considerar que únicamente se puede hacer una interpretación judicial cuando el texto de la norma que será objeto de interpretación es ambiguo.

Existen métodos de interpretación que pueden definirse como formas de proceder que permiten realizar una tesis razonable, a continuación mencionaremos cuatro métodos de interpretación:

Díaz, en Carbonell, M., Orozco, W., y Vásquez, R., coord, supra nota 34. 98.

72 Tamayo y Salmorán, Los publicistas, Digresión II. 214.

73 Guastini, R. (1999). *Interpretar y Argumentar*. 340.

Métodos de Interpretación de la Ley	
Método Gramatical: de acuerdo con la semántica, en base a las reglas de lenguaje, es decir, interpretación literal de las disposiciones o normas.	**Método Sistemático:** interpretación de las disposiciones, en conjunto con las demás, que conforman el ordenamiento jurídico en el que está inserta.
Método Histórico: indagar sobre el espíritu con el cual se concibió a la norma.	**Método Teleológico:** busca de manera preponderante la finalidad de la norma con la intención de establecer el sentido y el alcance de la misma.

Elaboración: Propia.
Fuente: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Después de lo establecido, podemos comenzar la interpretación del Art. 16 del Título V, del Código Orgánico Integral Penal, en él se establece el ámbito de aplicación temporal, expresa: los sujetos del proceso penal y las o los juzgadores observarán las siguientes reglas: 1) Toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión. 2) Se aplicará la ley penal posterior más benigna sin necesidad de petición, de preferencia sobre la ley penal vigente al tiempo de ser cometida la infracción o dictarse sentencia. 3) El ejercicio de la acción y las penas prescribirán de conformidad con este Código. 4) Las infracciones de agresión a un Estado, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y las acciones legales por daños ambientales son imprescriptibles tanto en la acción como en la pena.[74]

Para mejores resultados, analizaremos e interpretaremos a través del método sistemático cada una las reglas recogidas en el artículo mencionado, “toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión”, esta regla en un lenguaje simple quiere decir que todo acto u omisión que este tipificado, será sancionado de acuerdo con las leyes vigentes. Aquello refleja que la norma tiene carácter irretroactivo, y cumple con el principio de legalidad, de aquí a

74 Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial N° 180, 1° de julio de 1895, Última actualización 10 de febrero de 2014, Título V, Art. 16 inciso 1- 4.

que esto sea aplicado, existe gran discusión. Sin embargo, considero que sería de gran utilidad que se establezca dentro del reglamento desde cuando una ley o norma entra en vigencia y cuando termina.

El ámbito de aplicación de la ley en materia penal, es uno de los cuatro efectos de la ley penal, además, se proyecta en el espacio, en el tiempo, en las personas y en la materia. "La temporalidad se refiere al tiempo, y cuando se relaciona lo temporal con la ley es sinónimo de vigencia"[75]

De acuerdo con los artículos 5,6 y 7 del Código Civil, "la promulgación de la ley deberá hacerse en el Registro Oficial"[76], "la ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces", "la ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior".

Cabe mencionar, que existen casos en que la ley nace, pero no tiene vida de inmediato sino en un tiempo posterior, a este estado de suspensión temporal de la vigencia de la ley penal se lo conoce como *vacatio legis*.[77]

La segunda disposición establece que "se aplicará la ley penal posterior más benigna sin necesidad de petición, de preferencia sobre la ley penal vigente al tiempo de ser cometida la infracción o dictarse sentencia", en otras palabras, se aplicará la ley posterior más afable o conveniente para el imputado, procurando hacerlo en el tiempo que fue cometido sobre la ley penal vigente.

La tercera disposición expresa, que "el ejercicio de la acción y las penas prescribirán de conformidad con este Código". Esta disposición tiene concordancia con la número cuatro ya que en ella se establecen los delitos tipificados, refiriéndose a las infracciones de agresión a un Estado, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y las acciones legales por daños ambientales son imprescriptibles tanto en la acción como en la pena.

75 Rosillo, V. (2017). *Poder del Derecho*, Quito. 12.

76 Código Civil Ecuatoriano, Registro Oficial N° 46 del 10 de mayo del 2005, Artículo 5, párrafo 1.

77 Según el diccionario jurídico, vacatio legis, quiere decir exención de la ley que implica franqueza y libertad de la que alguien goza para eximirse de algún cargo u obligación.

En la sentencia N.° 066-15-SEP-CC, CASO N.° 0377-12-EP, de la Corte Constitucional del Ecuador, se establece un claro ejemplo de infracción de agresión al Estado, este es el caso de PECULADO, como antecedentes se tiene que[78] el doctor Rubén Darío Mogrovejo Romero, en calidad de director regional de la Procuraduría General del Estado, para las provincias de Loja y Zamora Chinchipe, compareció el 15 de febrero de 2012, ante la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, que dictó la sentencia el 07 de noviembre de 2011, dentro del recurso de casación N.° 0854-2011.

Posteriormente, mediante providencia dictada el 17 de febrero de 2012, se resolvió remitir el expediente a la Corte Constitucional. El 01 de marzo de 2012, Secretaría General de la Corte Constitucional, de conformidad con lo establecido en el tercer inciso del cuarto artículo enumerado agregado a continuación del artículo 8 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, certificó que en referencia a la acción N.° 0377-12-EP, no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción.

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional, para el período de transición, conformada por los jueces constitucionales Ruth Seni Pinoargote, Edgar Zárate Zárate y Hernando Morales Vinueza, el 07 de mayo de 2012 admitió a trámite la acción extraordinaria de protección N.° 0377-12-EP.

La Secretaría General de la Corte Constitucional, para el período de transición, al sorteo realizado por el Pleno del Organismo en sesión extraordinaria del 05 de julio de 2012, remitió la acción extraordinaria de protección N.° 0377-12-EP a la jueza constitucional

Nina Pacari Vega, quien avocó conocimiento de la causa el 21 de agosto de 2012, en calidad de jueza; al aplicar los artículos 25 a 27 del Régimen de Transición de la Constitución de la República, el 6 de noviembre de 2012 fueron posesionados los jueces de la primera Corte Constitucional. En tal virtud, el Pleno del Organismo procedió al sorteo de causas efectuado el 03 de enero de 2013. De conformidad con dicho sorteo, el secretario general remitió el expediente a la jueza constitucional, Wendy Molina Andrade, quien avocó conocimiento de la presente causa.

78 Corte Constitucional Del Ecuador, Sentencia N.° 066-15-SEP-CC, CASO N.° 0377-12-EP, Párrafo del 1-5, 2015.

3. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer y resolver sobre las acciones extraordinarias de protección en contra de sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, de conformidad con lo previsto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 63 y 191 numeral 2 literal d de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y de acuerdo con el artículo 3 numeral 8 literal b, y tercer inciso del artículo 35 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

Desarrollo del problema jurídico la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación N.° 0854-2011, ¿vulneró el derecho a la seguridad jurídica, previsto en el artículo 82 de la Constitución «la República?

Previo al análisis del problema jurídico planteado, la Corte Constitucional debe puntualizar que no es materia de su competencia analizar si las autoridades judiciales, dentro de sus fallos o resoluciones, aplicaron incorrectamente determinados preceptos legales o, en este caso, disposiciones generales y obligatorias, pues esa atribución es propia de la justicia ordinaria, salvo que dicha inobservancia haga referencia a una norma constitucional o vulnere de manera directa un derecho consagrado en la Carta suprema, en cuyo caso será competencia de esta Corte pronunciarse al respecto.[79] Ahora bien, a base de este criterio jurisprudencial, propio de la bidimensionalidad en la que se puede incurrir a la hora de analizar derechos como el debido proceso en el cumplimiento de normas o la seguridad jurídica, cabe señalar que en el presente caso, según lo ha manifestado el accionante, se habría vulnerado el derecho a la seguridad jurídica en el momento en que, dentro de la sentencia impugnada, se aplicó con efectos retroactivos la resolución general y obligatoria s/n dictada el 12 de marzo de 2010, por

79 Corte Constitucional Del Ecuador, sentencia No. 020- 13-SEP-CC, caso N.0563-12-EP

el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en uso de su facultad prevista en el artículo 180 numeral 6 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Por consiguiente, dada la connotación y alcance de los hechos denunciados, en donde aparentemente se habría afectado un principio fundamental en la vigencia y aplicación de las normas como es el "**principio de irretroactividad**", y con ello, una evidente afectación del derecho a la seguridad jurídica consagrado en el artículo 82 de la Constitución de la República, esta Corte, al reconocer la connotación constitucional del presente caso, considera indispensable analizar dicha alegación a través del presente problema jurídico, con el ánimo de identificar la vulneración o no de este derecho constitucional.

La Norma Suprema consagra el derecho a la seguridad jurídica, en función del cual se pretende garantizar la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y a la ley, a través de la existencia de normas jurídicas previas, claras y públicas, las mismas que deben ser debidamente aplicadas por las autoridades correspondientes.

La seguridad jurídica tiene como fundamento esencial la existencia de un ordenamiento jurídico previamente establecido, cuya observancia y correcta aplicación debe darse en los casos concretos por parte de los poderes públicos, de tal manera que los ciudadanos tengan certeza respecto a la aplicación del derecho vigente, y en cuanto al reconocimiento y previsibilidad de las situaciones jurídicas.[80]

Dentro del caso subexamine, el representante de la Procuraduría General del Estado manifiesta que se vulneró el derecho a la seguridad jurídica en vista que se aplicó de forma retroactiva la resolución general y obligatoria s/n dictada el 12 de marzo de 2010 por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, cuando claramente, en su artículo 3 se establece que: "Las normas previstas en esta resolución, regirán para el futuro y por tanto se aplicarán únicamente para las causas que se iniciaren a partir de su promulgación"; y que a la fecha en que se suscitaron los hechos y desarrollaron las etapas procesales que provocaron una sentencia condenatoria por el delito de peculado en contra del señor Segundo Aurelio Mejía Bermeo, aún no se encontraba vigente la resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, por lo que no podía aplicarse dicha resolución.

80 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 067-13-SEP-CC, caso N. 2172-11-EP.

Ahora bien, frente a los argumentos expuestos por el accionante, y una vez revisada la sentencia junto con los argumentos desarrollados en esta, se puede determinar que contrario a lo señalado por el accionante, los jueces de casación sustentan su fallo sin remitirse de manera expresa a la resolución general y obligatoria dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia y sin aplicar su articulado dentro de la argumentación del fallo.

Es así que la decisión adoptada por la Sala de Casación es sustentada a base de tres criterios principales, los cuales serán referidos a continuación: En primer lugar, los jueces de casación señalan que la sentencia dictada por los jueces de la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia de Zamora ha violado la ley, pues ha efectuado una incorrecta aplicación de la ley sustantiva y procesal, y ha adecuado incorrectamente la conducta del acusado en la hipótesis típica prevista en el artículo 257 del Código Penal, por falta del informe de Contraloría General del Estado, que contenga los indicios de responsabilidad, como es el criterio de las Salas penales de esta Corte.

Como segundo punto señalan:

> "[...] la prueba que el acusado debe ser reputado como autor del grave delito que se le imputa no fue presentada en la audiencia del juicio, conforme al Art. 79 del Código de Procedimiento Penal [...]"; "La prueba tanto de la materialidad del delito, como de la responsabilidad y culpabilidad del imputado no ha sido producida cumpliendo los principios propios del modelo acusatorio, esto es, de manera oral y pública, ejerciendo las partes el derecho al contradictorio (sic), y respetando los principios de la continuidad o concentración, así como cumpliendo con el principio de la inmediación de la prueba con el juez de la sentencia. La materialidad del delito así como la culpabilidad del acusado, no se encuentran debidamente probadas, como se ha analizado en esta sentencia".

Finalmente, como tercer argumento, manifiestan que [...] la Sala Penal no ha hecho una correcta adecuación típica de la conducta sancionable, por lo que no ha lugar las alegaciones del Dr. Washington Pesantes Muñoz, Fiscal General del Estado, por cuanto se contradice en otro dictamen, concretamente en el proceso penal 395/2010, radicado en la Primera Sala Penal de esta Corte, estableció que para cometer delitos de peculado se necesita con (sic) la Contraloría haya determinado indicios de responsabilidad penal, por lo que se abstuvo de acusar,

pese a la sentencia condenatoria de los recurrentes, para solicitar que se corrija la sentencia recurrida por contravenir expresamente a la ley, y existir una errónea interpretación de las normas acusadas.

La Corte tomó la decisión de:

1. Declarar que no existe vulneración de derechos constitucionales,

2. Negar la acción extraordinaria de protección planteada,

3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.[81]

En esta causa, la parte accionante demanda, el principio fundamental en la vigencia y aplicación de las normas como es el "**principio de irretroactividad**", y con ello, una evidente afectación del derecho a la seguridad jurídica consagrado en el artículo 82 de la Constitución de la República.

En ello se resume todo lo referente a lo expuesto dentro de este artículo, al esperar que sea de utilidad para los entendidos de la materia y la promoción de su divulgación dentro del ámbito profesional del Derecho.

4. CONCLUSIONES

De lo expuesto en un principio, se infiere que la irretroactividad de la ley desfavorable y retroactividad de la ley más benigna, necesitan estar en constante coordinación, y a pesar que la prohibición de retroactividad sugiere una sucesión de leyes, en realidad aquello no sucede. También rige el principio de irretroactividad cuando la ley crea un delito, en otras palabras criminaliza un hecho, no contemplado anteriormente en ningún ordenamiento jurídico.

Se debe constatar que en la doctrina y jurisprudencia forma parte del principio de legalidad penal la exigencia que las leyes penales sean irretroactivas, que se trate de una ley previa, escrita, estricta y segura. En realidad se trata de una forma de proceder que se queda en la superficie del problema que no va al fondo del asunto.

81 Corte Constitucional Del Ecuador, Sentencia N.° 066-15-SEP-CC, CASO N.° 0377-12-EP, Párrafo 9, 2015.

Los derechos adquiridos a diferencia de las meras expectativas, no son afectados por la ley posterior, las reglas de la ley sobre efecto retroactivo siguen la doctrina de los derechos adquiridos para resolver los conflictos de retroactividad de la ley.

Las reglas particulares de la ley; sin embargo, resuelven conflictos de leyes en el tiempo, mediante criterios análogos a los de la doctrina de la relación jurídica. En la generalidad de los casos, la ley hace la distinción entre la Constitución, el momento en que produce sus efectos y finalmente la extinción de la relación jurídica. La ley establece de modo reiterado que la Constitución se rige por la ley vigente al momento de producirse; que los efectos se rigen por la ley nueva desde su publicación y que la extinción se rige por la ley vigente al momento en que sucede.

La sociedad debe encargarse de poner por lo alto los valores fundamentales, solo así viviremos en "un mundo donde el individuo no se obliga por sus compromisos sino en la medida en que le convenga es un mundo donde la sociedad solo puede volverse cada vez más violenta y cada vez más policiaca; es un mundo donde los débiles, que pagan el precio más alto, dejan de concederle el menor crédito a la palabra política y el menor valor a las leyes", como dice Alain Supiot.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anchonda, V. (2013). *Métodos de interpretación jurídica*, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM.

Aranda, D. (2003). *Derecho Penal, Parte general (conceptos, principios y fundamentos del Derecho Penal mexicano, conforme a la teoría del delito funcionalista social)*, UNAM, México..

Arroyo, L. (1983). *El Principio de Determinación del Hecho Punible en la Doctrina del Tribunal Constitucional,* Madrid.

Bacigalupo, E. (1999). *Principios Constitucionales de Derecho Penal*. Buenos Aires, 1999.

Barros, E. (1995). *Vigencia de la ley. Efectos de la ley en el tiempo,* Universidad de Chile.

Calderón, G. (2000). El fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Chile.

Carlos, D. (2012). *Retroactividad e Irretroactividad*, Los tiempos.

Carvajal, F. (2012). *Crimen de agresión en Derecho Penal Internacional. Responsabilidad del Individuo por acto de Estado*, Publidisa.

Cobo del Rosal, T. y Vives Antón, M. (1999). *Comentario al art. 2 del Código Penal,* en Comentarios al Código Penal (Dir. por Manuel Cobo del Rosal, Ed. Edersa, Madrid)

Cobo del Rosal, T. y Vives Antón, M. (1999). *Comentario al art. 2 del Código Penal,* en Comentarios al Código Penal (Dir. por Manuel Cobo del Rosal, Ed. Edersa, Madrid)

Cobo del Rosal, T. y Boix Reig, J. (1982). *Garantías Constitucionales del Derecho Sancionador*, Madrid.

Donde, J. (2012). *Principio de Legalidad Penal. Perspectivas del Derecho Nacional e Internacional*, México, Porrúa.

Guevara, B. (2013). *La prohibición de la aplicación retroactiva de la ley*, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM.

Gómes, L. (2001). *El Principio de Legalidad y sus Garantías Mínimas: Una Contribución al Estudio de la Garantía de la "Lex Populi",* Universidad de Castilla- La Mancha.

Guastini, R. (1999). *Interpretar y Argumentar.*

Habermans, J. (2009). *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de Derecho*, Universidad Johann Wolfgang Goethe.

Islas Montes, R. (2009). *Sobre el Principio de Legalidad*, Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano.

Kelsen, H. (1985). *Teoría General de las Normas*, Editorial Trillas, Praga

Kelsen, H. (2007). *Teoría general del Derecho y del Estado.*

Kelsen, H. (2007). *Teoría para el Derecho*, México.

Kelsen, H. (2005). *Validez y Eficacia del Derecho*, Editorial Astrea.

Lamarca, C. (2012). Principio de Legalidad Penal, Eunomía. *Revista en Cultura de la Legalidad*. Universidad Carlos III de Madrid.

Laporta, F. (2004). *Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz*, en Carbonell, M., Orozco, W. y Vásquez, R., coord., supra nota 34.

Maier, J. (2003). *Derecho Procesal II, Parte General. Sujetos Procesales,* Buenos Aires, Editores del Puerto.

Montesquieu (1992). *O espírito das leis, trad. de Pedro Vieira Mota, 2ª ed.,* São Paulo: Saravia, especialmente "Libro Décimo Primeiro".

Palladino, P. (2014). *La Ley Penal en el Tiempo*, Madrid - España.

Rodríguez, A. (2000). *La aplicación de la ley penal más favorable*, Puerto Rico.

Rosillo, V. (2017). *Poder del Derecho*, Quito.

Ruiz, L. (2011). *El Principio de Irretroactividad de la Ley Penal en la Doctrina y la Jurisprudencia, Derecho Penal*, Universidad de Extremadura.

Saavedra, J. (1994). *Aplicación Retroactiva de la Ley Penal*, Anuncio Jurídico. Nueva Serie.

Suárez Collía, J.M. (2005). En *La retroactividad: Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*. Edita Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid.

Tamayo, R. y Salmorán, R. (2015). *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de occidente*, México, UNAM.

Ulloa, A. (2013). Principio de Legalidad y Derecho Penal Contemporáneo, *Revista de Derecho*, Ecuador.

Ulloa, A. (2013). Principio de Legalidad y Derecho Penal Contemporáneo, *Revista de Derecho*, Ecuador.

Universidad Interamericana para el Desarrollo. (2011). *Ámbito de validez del Derecho Penal,* México.

Verdera Izquierdo, B. (2006). En *La irretroactividad: Problemática general*. Editorial Dykinson. Madrid.

Base Legal

Código Organico Integral Penal, Registro Oficial 180 del 1° de julio de 1895, Última Edición 10 de febrero de 2014.

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008, Artículo 137, Párrafo 3.

Código Civil Ecuatoriano, Registro Oficial N° 46 del 10 de mayo del 2005, Artículo 7, párrafo 3.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Registro Oficial 10 de diciembre de 1948, Resolución 217, Artículo 11 inciso 2. 2015.

Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial N° 180, 1° de julio de 1895, Última actualización 10 de febrero de 2014, Título V, Art. 16 inciso 1- 4.

Código Civil Ecuatoriano, Registro Oficial N° 46 del 10 de mayo del 2005, Artículo 5, párrafo 1.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N.° 066-15-SEP-CC, CASO N.° 0377-12-EP, Párrafo del 1-5, 2015.

Recibido: 04/08/2017

Aceptado: 23/05/2018

Renata Melissa Yunda López: Investigadora Jurídica Blue Wave Ybstelcom S.A.

Correo electrónico: renimelyunda@gmail.com

El Régimen de Copropiedad y sus Problemas Jurídicos

The Copyright Regime and its Legal Problems

María Gabriela Morillo Chamorro
Investigadora Jurídica, PUCE Quito

Mgtr. Gonzalo Lascano Báez
Decente titular PUCE (Facultad de Jurisprudencia)

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 3, 2018, pp. 143-158, ISSN 2588-0837

RESUMEN: la copropiedad o condominio ocurre cuando el dominio de un objeto corresponde a una pluralidad de sujetos; es así que hay un cuasicontrato de comunidad cuando aquel dominio que recae sobre una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas que se vuelven copropietarios o comuneros entre sí. Este régimen imperfecto es susceptible de ocasionar problemas derivados del ejercicio conjunto de las facultades del dominio, que desembocan en la necesidad de la tutela judicial para resolver los conflictos que se producen entre copropietarios o comuneros.

PALABRAS CLAVE: copropiedad, condominio, bien, derecho, propiedad.

ABSTRACT: the situation of co-ownership or condominium is given when the property of an object corresponds to a plurality of subjects. There is a quasi-contract of community when the property of a thing or a right belongs undivided to several people and become commoners. It is because of this emerging situation that the problems arise when one of the co-owners no longer wants to continue to be a shareholder of a good and it is up to the judge to make the division of the common thing without any of the parties feeling affected or harmed.

KEY WORDS: co-ownership, condominium, good, right, property.

INTRODUCCIÓN

La copropiedad también conocida como condominio o comunidad, se refiere a la modalidad del dominio en la cual existe un solo dominio, pero este se encuentra dividido en cuotas entre varios titulares. El efecto práctico es que dos o más personas comparten la propiedad de una cosa. La copropiedad puede provenir de la voluntad de los copropietarios, como por ejemplo las cosas que se aportan a una sociedad o que son adquiridas en común. También puede originarse en la ley, cuyos ejemplos más evidentes son la sociedad conyugal y la herencia; y, finalmente, puede originarse de manera forzosa a través de una orden judicial (v.g en la adjudicación de derechos y acciones de un bien a un tercero).

En el presente ensayo de reflexión se revisará el concepto y naturaleza jurídica de la copropiedad, vislumbrando sus características principales a la luz de las distintas teorías jurídicas que abordan su tratamiento jurídico. A continuación se determinarán las clases de copropiedad, los derechos de los copropietarios entre sí, y la importancia de la administración del bien común; luego, se analizará la propiedad horizontal distinguiendo esta última de la copropiedad. Finalmente, se abordará las soluciones jurídicas al problema de la división de la cosa o bien común, los problemas derivados de esta modalidad del dominio en el Ecuador.

1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA COPROPIEDAD

La doctrina tradicional, de inspiración romana, considera la copropiedad como una forma de propiedad individual. Cada copropietario es dueño de una cuota, parte ideal, sobre la cual ejerce su dominio exclusivo, se puede incluso disponer de ella, gravarla, reivindicarla, etc. Sobre la cosa misma, materialmente considerada, cada copropietario no puede obrar sin el consentimiento de los demás. (Zúñiga Torres, 2013, 81)

A pesar de este dominio ejercido idealmente sobre una porción que recae sobre una pluralidad de sujetos, prevalece la naturaleza singular del objeto, por lo que se considera un "llamamiento simultáneo a ejercer el dominio". A cada uno de los copropietarios de un objeto le asiste una serie de derechos, que pueden constituirse por contrato, por tes-

tamento o por disposición de la Ley. La copropiedad asume dentro de sus caracteres del dominio la exclusividad, y es por esto precisamente que el planteamiento conceptual de copropiedad engloba algunas contradicciones en cuanto a la explicación del hecho jurídico de la copropiedad que ha sido ensayada por diversas teorías. (Castañeda, 1973, 67 - 68)

La comunidad se administra por la voluntad y en la forma que determine la mayoría de los comuneros o copropietarios. La ley concibe a esta modalidad de propiedad como un estado temporal de la propiedad, pues está llamada a no durar más tiempo que los copropietarios quieren que exista (salvo acuerdo cuya duración no puede exceder de cinco años, cualquiera de los condueños puede pedir la partición de la cosa común).

Según Enma Palacios (2005) las características esenciales de la copropiedad son:

a. Contribución en los beneficios y en las cargas: el concurso de los partícipes, y la intensidad del ejercicio de los derechos como de las cargas, es proporcional a sus respectivas cuotas. Mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad se presumen iguales.

b. Uso de las cosas comunes: cada partícipe está facultado para servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho. Sobre esta característica cabe resaltar el problema jurídico de la divisibilidad del uso y goce de la cosa sometida a la modalidad de copropiedad, pues puede ocurrir, con bastante frecuencia, la concurrencia simultánea de la voluntad del uso de la cosa.

c. Contribución a los gastos: los copropietarios tienen derecho para obligar a otros copropietarios a contribuir a los gastos de conservación del objeto común, estando únicamente eximido de esta obligación quien renuncie a la parte que le pertenece en el dominio. Este caso se trata de aquellos gastos necesarios para la conservación de la cosa común, no de aquellos suntuarios o de puro lujo. La renuncia de la cuota implica que se incrementan las cuotas de los demás en proporción a la cuota que tuvieran.

d. Alteraciones en la cosa común: ninguno de los condueños está facultado, sin consentimiento de los demás, para hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos.

e. Administración y disposición de la cosa común: para la administración y mejor disfrute de la cosa común se vuelven obligatorios los acuerdos de la mayoría de los copropietarios. No existe mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad. Para esto, hay que distinguir los actos de administración (alquilar la vivienda común), que exigen que se adopten por mayoría de intereses (no de propietarios), de los actos de disposición (vender, hipotecar, etc.), en cuyo caso se exige unanimidad. Si no resultare mayoría, o el acuerdo de esta fuere gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, queda a los copropietarios la alternativa judicial, a través de la cual el Juez provee, a petición de parte, lo que corresponda, incluso nombrar un Administrador.

f. Libre disposición de su cuota: todo copropietario tiene la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan. Se puede, en consecuencia, enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños se encuentra limitada a la porción que le corresponda a cada uno de los copropietarios. (Cuadros Villena, 1995). Evidentemente esto supone que la venta, cesión o hipoteca se refiere exclusivamente a "su cuota", no a la propiedad entera. También hay que tener en cuenta que el resto de copropietarios podrán usar del retracto (derecho a subrogarse con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago) en el caso de enajenarse a un extraño. (Cuadros Villena, 1995)

g. Acción de división: ningún copropietario está obligado a permanecer en el régimen de copropiedad. Existe por tanto el derecho de cada uno de los comuneros de solicitar la división de la cosa común.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la copropiedad, existen tres planteamientos (Palacios, 2005, 75). El primero afirma que cada uno de los copropietarios es titular de una cuota parte indivisa, abstracta e

ideal. La doctrina suele criticar este postulado en razón que el fundamento de la propiedad es la exclusividad, por la cual el dominio debe recaer sobre una cosa cierta y determinada, lo cual no ocurre en la perspectiva señalada.

Otros señalan que la copropiedad es una cierta clase persona jurídica que nace en forma especial cuando concurren varios propietarios sobre una cosa en común y al efecto estos copropietarios deben limitar sus derechos al cumplimiento de los fines específicos y propios de la copropiedad. Tendencia que también es criticada en razón a que el nacimiento de una persona colectiva está limitada al cumplimiento de requisitos para su formación, en especial un objeto social determinado. Así, esta tesis confundiría el cuasicontrato de comunidad con el de sociedad.

Por último, hay doctrinarios que sostienen que la copropiedad es una modalidad del derecho de propiedad que recae sobre un derecho cuyo objeto es una cosa indivisa donde existen una pluralidad de sujetos, tendencia que es la más aceptada por nuestro ordenamiento jurídico.

Para explicar la copropiedad se han formulado las siguientes teorías: (Palacios, 2005, 75)

a. Teoría de la Interinidad: mientras el bien permanece en estado de indivisión, cada uno de los copropietarios no tiene un verdadero derecho de propiedad, pues está condicionado a la concurrencia de los demás cotitulares. En todo caso habría un derecho debilitado, o un derecho real distinto al de propiedad.

b. Teoría de la Unificación del Derecho de Propiedad: en la comunidad de bienes existe un único derecho de propiedad, aunque atribuido a un grupo de personas en cuanto a la colectividad, o a una persona jurídica constituida por esa colectividad.

c. Teoría de la División: no hay un derecho único, sino tantos derechos como individuos tiene la comunidad.

d. Teoría de la Propiedad Plúrima Total: Cada comunero tiene derecho de propiedad pleno, si bien limitado en cuanto a su ejercicio por la existencia de iguales derechos con los demás, ya que la cuota de participación es la que determina la cantidad de facultades dominicales que se ejercen de forma individual, quedando extraídas del ámbito de poder de cada comunero las facultades de carácter colectivo.

Todas las teorías que justifican la existencia de la copropiedad reconocen que son principios inherentes a esta modalidad del dominio: (Palacios, 2005, 75)

a) Principio de autonomía privada: los convenios o acuerdos entre los copropietarios rigen preferentemente la organización interna de la comunidad.

b) Principio de proporcionalidad: los copropietarios participan en las ventajas, como en las cargas, del bien común de acuerdo con el porcentaje de su respectiva cuota y en su misma intensidad proporcional.

c) Principio democrático: las decisiones conjuntas sobre el bien común se adoptan de acuerdo con el principio democrático de las mayorías cuando ello es posible. Sin embargo esta democracia se en virtud al porcentaje de cuotas, y no por cabezas.

d) Principio de libertad individual: cada propietario conserva su libertad individual con respecto a su cuota, la cual puede ser transferida, gravada o dispuesta por el comunero sin necesidad de pedirle autorización a otros.

Otro aspecto fundamental a analizar dentro de la naturaleza jurídica es la fuente de constitución de la copropiedad; es decir, como nace concretamente la situación de copropiedad. Según Jorge Castañeda (1973) la copropiedad tiene las siguientes fuentes:

a) Por los contratos: dos o más personas adquieren el dominio de un bien de manera voluntaria sin constituir entre ellas sociedad, pero aceptan ser propietarios en porcentajes determinados.

b) Por la adjudicación en un proceso de partición: ocurre mediante sentencia judicial en un juicio de partición, concretamente en el remate de un bien; en estos casos las personas son copartícipes de los bienes que serán partibles, pero por su condición de bien indivisible únicamente pueden adjudicarse cuotas.

c) Por adjudicación en juicio ejecutivo: lo mismo si la adjudicación se hace a dos o más personas, con ocasión del cobro de una deuda proveniente de un título ejecutivo.

d) Por sucesión por causa de muerte: para el caso de los herederos universales que de manera pro indiviso suceden al causante en sus activos y pasivos.

e) Por actos de última voluntad: si a través de un legado se lega un bien a dos o más personas conjuntamente, no es el caso de la institución de los herederos, porque con ella se crea un estado de comunidad o pro-indivisión que nace de la herencia. Sin embargo, puede ocurrir que los coherederos solo sean de un bien determinado por lo que entre ellos existirá co-propiedad o comunidad.

f) Por sociedad conyugal

g) Por la disolución de una sociedad mercantil: en esta situación el activo resultante se repartirá y adjudicará entre los socios en la forma prevista en el estatuto en su defecto en proporción al importe nominal de las acciones.

En cualquier caso, los copropietarios gozan de plena facultad de disposición jurídica de cuota sea a título gratuito u oneroso, y una limitada facultad de disposición material pues deben contar con la autorización de todos los copropietarios. En cuanto a la administración de los bienes comunes, todos los copropietarios tienen derecho a administrar la cosa común en forma igualitaria y así percibir los frutos que esta propiedad produzca. Esta administración se podrá realizar a través de acuerdos fijados en estatutos internos que rijan la copropiedad. (Cuadros Villena, 1995, 56).

2. DIVISIÓN DE LA COSA O BIEN COMÚN

La división de un bien común hace referencia al acto jurídico en virtud del cual cesa el estado de indivisión y cada propietario tiene en reemplazo de su cuota virtual que equivale a una parte material del terreno. Ya que el estado de indivisión no puede ser perpetuo porque nadie puede estar obligado a permanecer en la indivisión, la división se conseguirá por el consentimiento de los copropietarios o en su defecto a través de una orden emanada del juez competente, previo trámite correspondiente siempre y cuando la cosa sea divisible, ya que si no lo es se procederá al remate del bien para que el producto obtenido sea dividido entre los copropietarios conforme a las cuotas que les corresponde a cada uno. (Cuadros Villena, 1995)

Aunque nadie puede estar sujeto a una indivisión permanentemente (temporalidad de la indivisión), es posible que por pacto de los copropietarios se pueda acordar permanecer en la indivisión por un tiempo que no sobrepase los 5 años.

Para la procedencia de la división de la cosa común se deben tomar ciertos aspectos en cuenta, ya que no se podrá dividir una cosa cuando está dividida no podrá cumplir con la utilidad que ofrece sin dividirse y/o también se debe tener presente que la división no procede cuando la superficie no alcanza para su división e inscripción en Derechos reales y en el Registro de la Propiedad.

En función de su factibilidad para la división, la copropiedad puede ser común (o sin indivisión forzosa) y con indivisión forzosa. La copropiedad común o sin indivisión forzosa ocurre en la situación en la que un objeto puede dividirse en cualquier momento a simple solicitud de uno de los copropietarios, división y partición[82] que podrá hacerse de forma voluntaria o por la vía judicial si fuese necesario. La copropiedad con indivisión forzosa sucede en el caso que la cosa común no puede ser objeto de división, ni siquiera por voluntad de las partes, ya que la normativa aplicable al caso puede llegar a limitar el derecho a dividir la cosa por ser indivisible materialmente o si al ser dividido pierda su esencia y utilidad.

El estado de la indivisión forzosa resulta de la ley y de la voluntad de las partes. Y los casos de propiedad con indivisión forzosa con:

- La copropiedad que resulta de los accesorios indispensables, como ser pasillos, ascensores, etc.
- Los sepulcros
- La propiedad horizontal
- El muro medianero

82 La partición es el derecho de cualquier copropietario, o de un acreedor de este, a que la cuota individual del comunero se concrete en el dominio sobre una porción material del bien común o subsidiariamente en dinero o en otro bien. La partición se puede realizar por acto jurídico o por acto jurídico con homologación judicial, o simplemente a través de un acto judicial cuando no exista consentimiento de las partes.

3. LA PROPIEDAD HORIZONTAL Y LA COPROPIEDAD

La propiedad horizontal es una modalidad de la propiedad orientada al sector urbano en donde se comparte un interés social, la cual está regulada por las leyes especiales del régimen de propiedad horizontal. (González Barrón, 2003, 670). La propia legislación prevé igualdad para la construcción de viviendas, según la necesidad poblacional, el uso de suelo orientado hacia el cumplimiento del interés social, entre otros fines.

En el caso de la propiedad horizontal el dominio se encuentra limitado y afectado por un régimen mixto, ya que se encuentra regulado por la Ley de Propiedad Horizontal, Código Civil y Ley de Inquilinato (únicamente en el caso del dominio privado que se ejerce en la relación arrendador-inquilino). Además, nacen nuevos derechos derivados de la aparición de una nueva entidad jurídica denominada consorcio o copropietarios, que ejerce su derecho sobre su inmueble, el mismo que no es divisible.

Se puede señalar como diferencias entre copropiedad y propiedad horizontal las siguientes (Palacios, 2005, 79):

a) En la copropiedad, el titular del derecho tiene cuotas ideales o cuotas o alícuotas sobre el bien objeto del derecho de propiedad, en tanto que en la propiedad horizontal una persona ostenta propiedad exclusiva sobre una unidad de vivienda independientemente de otras.

b) En la copropiedad, todos los copropietarios tienen el derecho a servirse del bien común, mientras que en la propiedad horizontal rigen criterios espaciales, en la que cada sujeto es titular exclusivo de su unidad de vivienda la cual goza y disfruta con algunas limitaciones alguna y, a la vez, tiene un derecho indivisible junto con los demás propietarios sobre las demás áreas comunes.

c) En la copropiedad, hay pluralidad de sujetos y una unidad de objetos en tanto que en la propiedad horizontal cada titular del departamento excluye a otros.

d) La copropiedad se reglamenta por las normas del Código Civil y se administra por la decisión de la mayoría del porcentaje de las cuotas de los copropietarios. En la propiedad horizontal, existe un

reglamento interno, que regula los límites al dominio privado que ejercerán los condóminos, así como el régimen de dominio aplicable a las áreas comunes.

e) En la copropiedad, la cuota indivisa del bien se extiende al suelo, al subsuelo, y sobresubsuelo de manera ilimitada donde hasta es útil a los copropietarios; en cambio, en la propiedad horizontal, el dominio exclusivo del departamento se extiende hasta el límite de las secciones superiores e inferiores.

f) Finalmente, el régimen de copropiedad se extingue por la partición voluntaria o forzosa de la misma, mientras que la propiedad horizontal puede extinguirse, por destrucción total o parcial de las tres cuartas partes en el que sea producto de fuerza mayor o de naturaleza, por la compra de los derechos por una sola persona o copropietario, y por el desafecto del inmueble de la propiedad horizontal. (González Barrón, 2003).

Resulta habitual que se asocie la propiedad horizontal con el condominio, sin que sea precisa esta afirmación. El Condominio, es el derecho real de copropiedad de dos o más personas sobre una cosa propia, por una parte indivisa. (Cuadros Villena, 1995, 60). Consiste en la situación en la que la propiedad de una cosa es compartida por dos o más personas. Por extensión, algunos autores denominan así a un inmueble bajo el régimen de propiedad horizontal. (Zúñiga Torres, 2013, 40)

En el condominio es importante regular la forma en que los copropietarios van a tomar las decisiones con respecto a la propiedad que tienen en común. A tal efecto, pueden darse relaciones de mancomunidad o de solidaridad. También es importante regular los casos de extinción de la copropiedad y disolución de la comunidad de bienes (Zúñiga Torres, 2013, 40).

El condominio puede clasificarse de acuerdo con el funcionamiento y aprovechamiento de los elementos comunes, en:

a) Simples: cuando las áreas comunes y sus obras de infraestructura y equipamiento, corresponden a una sola unidad condominal, o;

b) Compuesto: cuando una parte de sus áreas comunes y obras de infraestructura y equipamiento, son aprovechadas por los ti-

tulares de dos o más unidades condominales, que coexisten en un mismo predio.

En atención a la distribución de las áreas privativas y comunes el condominio puede ser:

a) Horizontal: cuando a cada condómino le corresponde como área privativa una fracción o lote del predio, con su edificación e instalaciones.

b) Vertical: cuando la totalidad del predio es bien común y una misma estructura arquitectónica, se divide en áreas privativas, o;

c) Mixto: cuando concurren las condiciones a que se refieren los párrafos anteriores, para los condominios horizontal y vertical.

4. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA COPROPIEDAD

La naturaleza jurídica del régimen de copropiedad la hace susceptible de ocasionar conflictos entre los copropietarios que requieren la intervención judicial. Esto se debe a que usualmente los comuneros (propietarios del bien en común), no acceden a esa situación de copropiedad voluntariamente, sino como consecuencia de la decisión de un tercero (como en el caso de sucesión por causa de muerte), o del cambio de régimen patrimonial (como la disolución y partición de la sociedad conyugal).

En principio, el ordenamiento jurídico parte de la base que el estado ideal de las cosas es que cada bien inmueble tenga un único propietario. La realidad cotidiana va justo en el sentido opuesto, porque lo común es que los bienes inmuebles tengan más de un dueño. **El estado de copropiedad o de comunidad de bienes es considerado como un cuasicontrato dentro de la legislación ecuatoriana** y viene definido de modo muy claro y preciso en el artículo 2204 del Código Civil Ecuatoriano: *"La comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato".*

A pesar de existir regulación suficiente en torno al régimen de copropiedad, en no pocas ocasiones, los conflictos surgen en aspectos referidos como la administración y el uso sobre la cosa común. Frente

a esta problemática, surge la pregunta: ¿Qué se puede hacer cuando una persona no quiere continuar en la situación de copropiedad de un bien común? La respuesta parece a priori sencilla: el copropietario puede vender su parte al resto de copropietarios o alternativamente adquirir la parte alícuota del resto de propietarios.

Usualmente esta alternativa puede no ser del interés de los copropietarios por muy distintas razones, principalmente por no convenir a sus intereses, en cuya circunstancia la solución que brinda el artículo 2212 del Código Civil establece: "*ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común*". El citado artículo 2212 contiene lo que se denomina acción de división de la cosa común o *actio communi dividundo*.[83] Esta división puede ocurrir de dos modos:

a) Extrajudicialmente: los copropietarios pueden hacer la partición a través de un convenio unánime. En el caso de bienes inmuebles, el convenio deberá ser celebrado por escritura pública y contar con la factibilidad de Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal competente.

b) Judicialmente: es la que se lleva a cabo por el juez, previo juicio de partición, o previa adjudicación. La acción puede ser incoada por cualquier copropietario o acreedor de este.

Al amparo de la normativa ecuatoriana existe imprescriptibilidad de la acción de partición, de esta manera ninguno de los copropietarios y ninguno de los sucesores puede adquirir por prescripción los bienes comunes. La acción de prescripción no prescribe ni se extingue en el tiempo y puede solicitarse en cualquier momento y por cualquier

83 Acción de división de condominio o de cosa común. En el Derecho romano clásico, la acción para obtener la división de los bienes comunes, cualquiera fuera el título de la proindivisión, salvo la sucesoria entre coherederos. La fórmula contenía una adjudicativo que autorizaba al juez para adjudicar la propiedad total de la cosa a uno de los condueños; o, a cada uno de los condóminos, una parte de la cosa en propiedad exclusiva. En el Derecho justinianeo, la acción de buena fe y mixta (a la vez personal y real) tendente o la división del condominio y a resolver las demás cuestiones relacionadas con la indivisión. Esta acción es imprescriptible; pero puede estar sujeta a la exclusión temporal por convención o por obligación constitutiva, como la voluntad en contrario del testador, (v. División de la Cosa Común.)

copropietario, lo que es una consecuencia de la obligatoriedad para poner fin a la indivisión.

Como se expresó con anterioridad el problema fundamental de la copropiedad es la división de la cosa común; lo que se pretende al ejercitar esta acción es dividir físicamente el bien coparticipado. Para que un bien pueda ser dividido las partes resultantes de la división tienen que ser funcionales y conservar sus características esenciales. Por ejemplo: un terreno ubicado en una zona rural de cuatro hectáreas puede dividirse fácilmente en dos parcelas de dos hectáreas cada una o en cuatro si fuere el caso y cada una de las partes resultantes tendrían objetivamente funcionalidad propia y podrían adjudicarse en pleno dominio a cada uno de los copropietarios. En este caso la partición del bien no acarrearía ningún problema debido a que la división es factible jurídicamente, siempre y cuando la normativa que regula el ordenamiento territorial seccional así lo permita.

Debido a que no todos los bienes inmuebles pueden ser físicamente divididos (por ejemplo un departamento, o un bien sometido al régimen de propiedad horizontal), pues las hipotéticas cuotas que pudieran resultar de dividir un bien indivisible no serían funcionales, lo que corresponde es convertir el bien indivisible en un elemento fácilmente divisible. Para el efecto, el ordenamiento jurídico establece que en supuestos de indivisibilidad material del bien, este deberá ser rematado y el dinero así obtenido deberá entregarse a los copropietarios en idéntica proporción a su grado de participación en el bien. El problema resultante de esta operación suele ser el castigo sobre el avalúo real del inmueble, situación que afecta a todos los copropietarios. En el escenario de la subasta de un bien inmueble se permite que cada copropietario pueda participar activamente para intentar adjudicarse el bien en su totalidad, con preferencia a igualdad de oferta sobre cualquier otro pujador, dada su condición de propietario.

En cuanto a los bienes muebles el problema principal se refiere a su uso, goce y administración, que usualmente suele recaer en uno de los comuneros mientras se aclara su destino jurídico. Son escazas las alternativas del resto de copropietarios frente a una situación de hecho que requiere una acción judicial para ser resuelta.

5. CONCLUSIONES

La copropiedad es una modalidad del derecho de propiedad que recae sobre un derecho cuyo objeto es una cosa indivisa donde existe una pluralidad de sujetos. Su naturaleza temporal (o interina) y su forma de administración, basada en la voluntad de la mayoría de los condóminos, la hace un régimen imperfecto no desde el punto de vista jurídico, sino desde el punto de vista fáctico. El conflicto de intereses que ocurre entre los copropietarios hace necesaria la existencia de múltiples alternativas que viabilicen la división de la cosa común, tendiendo siempre hacia la consolidación de la propiedad.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la situación de copropiedad se subordina a la autonomía de la voluntad de las partes, de manera que si todos los copropietarios llegan a decidir de manera unánime sobre el bien compartido, el Derecho Civil respalda esa decisión, permitiendo que el bien pueda ser traspasado o gestionado en común, si así se desea. Sin embargo, la solución voluntaria no es viable en el caso de existir posiciones enfrentadas sobre el destino del bien compartido, frente a lo cual únicamente resta la partición judicial del bien común. Ésta resolución dependerá de la naturaleza divisible o indivisible del objeto.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bernal, B. y Ledesma, J.J. (1981). *Historia del Derecho Romano y de los derechos neoromanistas. Tomo I. De los orígenes a la alta edad media*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Cabanellas de Torres, G. (1979). *Diccionario jurídico elemental.* Argentina: Editorial Heliasta S.R.I.

Calderón Sumarriva, L. (2002). *ABC del Derecho Civil.* Lima, Perú: Editorial San Marcos.

Carrión Eguiguren, E. (1982). *Curso de derecho civil de los bienes. Cuarta Edición*. Quito, Ecuador: Ediciones de la Universidad Católica.

Castañeda, J. E. (1973). *Los Derechos Reales*. Lima, Perú.

Codificación de la Ley de Propiedad Horizontal.

Código Civil Ecuatoriano

Cornejo Manríquez, A. (2007). *Derecho Civil*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica.

Couture, E. (1960). *Vocabulario Jurídico*. Montevideo.

Cuadros Villena, C. (1995). *Derechos Reales*. Lima.

D'Ors, A. (1997). *Derecho privado romano* (9a. ed.) Pamplona: Universidad de Navarra.

Ghersi, E. (2005), La regulación de mejoras desde el punto de vista económico, *Revista Advocatus* 11 2014-II, Lima, Perú

Gonzalez Barrón, G. (2003). *Curso de Derechos Reales*.

Gonzáles Barrón, G. (2010), *La construcción en suelo ajeno no es una modalidad de mejora,* Diálogo con la jurisprudencia N° 145, Octubre, Gaceta Jurídica, Lima, Perú.

González, N. (2007), *Derecho Civil Patrimonial-Derechos Reales,* Palestra Editores, Lima, Perú.

Iglesias, J. (1972). *Derecho Romano*. Instituciones de Derecho Privado. (6a. Ed.) Barcelona: Ariel

Larrea Holguín, J. (1991). *Índice analítico del Código Civil*. Tercera Edición. Actualizada. Guayaquil, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Mejorada Chauca, M. (2002). Entre la comunidad romana y la comunidad germánica: La sociedad de gananciales a luz de la interpretación jurisprudencial. En: *Revista Advocatus: Universidad de Lima*. 115-121

Moisset de Espanés, L. (1998). *Clases de Derechos reales*. Córdoba: Advocatus

Nicolò, R. (2005). Las situaciones jurídicas subjetivas, Traducción de Carlos Zamudio Espinal y revisada por Rómulo Morales Hervias. En: *Advocatus, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*, Nº 12, Lima. 109.

Palacios, E. (2005). La Copropiedad. *Revista Jurídica "Docentia et Investigatio"*, Facultad de Derecho U.N.M.S.M., Vol. 7 N°1, Lima, Perú

Pañalillo Arévalo, D. (1990). *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*, Colección Manuales Jurídicos, 2da. Edición, Santiago de Chile. 11-21.

Parraguez, L. (1999). Manual de Derecho Civil Ecuatoriano.

Zúñiga Torres, N.L. (2013). *Los juicios de inventario y partición judicial de bienes sustanciados en los juzgados segundo y sexto de lo civil de zamora chinchipe, período 2009-2011, en relación con el estado del trámite, con observancia del debido proceso su incidencia jurídica*. Obtenido de << http://dspace.ucacue.edu.ec/bitstream/reducacue/1803/4/TESIS%20LENIN%20ZU%C3%91IGA.pdf>>

Recibido: 08/09/2017

Aceptado: 24/05/2018

María Gabriela Morillo Chamorro: Investigadora Jurídica PUCE Quito

Mgtr. Gonzalo Lascano Báez: Decente titular PUCE (Facultad de Jurisprudencia)

Correo electrónico: magabrielam@outlook.com

Correo electrónico: gglascano@puce.edu.ec

Tareas Pendientes: Los Deberes Humanos

Pending Tasks: Human Duties

Dr. Emilio Germán Ardiani Alvariza, Mgtr.
Profesor de Derecho Constitucional y Ética Profesional UCEL Argentina

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 3, 2018, pp. 159-197, ISSN 2588-0837

RESUMEN: este ensayo intentará realizar una aproximación a los deberes humanos a partir de la dificultad en su conceptualización, luego será necesario realizar una mirada histórica en la que se analizarán los cambios en el paradigma del Derecho y los diferentes documentos internacionales sobre la materia; este recorrido nos permitirá a su vez la posibilidad de determinar ciertas causas que han llevado a su invisibilidad, para finalmente proponer un concepto y características de los deberes humanos.

PALABRAS CLAVES: derechos humanos, deberes humanos, razón, contractualismo, derecho positivo.

ABSTRACT: this essay will try to make an approximation to the human duties from the difficulty in its conceptualization, then it will be necessary to make a historical look in which will analyze the changes in paradigm of the law and the different international documents on the subject; This route will allow us in turn the possibility of determining certain causes that have led to their invisibility, to finally propose a concept and characteristics of human duties.

KEY WORDS: human duties, human rights, reason, contractualism, positive law.

INTRODUCCIÓN

La segunda Guerra Mundial significó para la humanidad una bisagra nunca vista en cuanto a lo que el hombre hace al hombre.[84] A su término el horror develado produjo un profundo análisis acerca de las violaciones flagrantes a la dignidad del hombre que tuvo repercusiones múltiples, incluyendo la elaboración de la emblemática Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el consecuente desarrollo de un sistema protectorio de derechos considerados fundamentales; tales derechos encuentran en la Revolución Francesa un punto de inflexión clave en su desarrollo.

La reconocida elaboración metodológica que distingue en el desarrollo de los derechos humanos en distintas generaciones[85] ha puesto en consideración libertades negativas y positivas, reclamando inicialmente el derecho a la no interferencia en la primera generación, para reconocer en las siguientes generaciones acciones positivas a las que se tiene derecho.

Lo cierto es que afianzada ya una tercera generación de derechos de la solidaridad y en discusión una cuarta que involucra a la sociedad tecnológica, pese a la expansión[86] de sus análisis, las violaciones de los derechos humanos no han dejado de ser una ofensa a la humanidad.

En 1998 el portugués José Saramago recibió el Premio Nobel de Literatura y en el discurso que ofreció durante el brindis correspondiente a la cena celebrada en su honor sorprendió a todos con un contundente reclamo: *"Tomemos entonces, nosotros ciudadanos comunes, la palabra. Con la misma vehemencia con que reivindicamos los derechos, reivindiquemos también el deber de nuestros deberes. Tal vez así el mundo pueda ser un poco mejor."*

84 Revault D´Allones (2010). 16.

85 La elaboración de la "tesis generacional" de los derechos humanos de Karel Vašák en los 70s tiene valor como herramienta pedagógica aunque su caracterización no está exenta de críticas. De todos modos puede funcionar como recurso pedagógico a fin de mostrar una evolución en el desarrollo de los contenidos de los derechos humanos.

86 Expansión de derechos que es críticamente analizada por su desmesurada amplitud, que lleva a ver todo desde una óptica de los derechos humanos o fundamentales, y si todo pertenece a esta categoría su produce una licuación de su relevancia. Volveré sobre el tema más adelante.

Un Saramago brillante ponía en relieve la cuestión capital de los deberes humanos, deberes que no han tenido la consideración suficiente y cuya recuperación no solo es un reclamo moral y jurídico, es parte de una explicación sobre por qué no hemos logrado evitar aquello que el hombre hace al hombre.

El trabajo aspira a presentar los deberes humanos como contenido clave de la agenda inmediata a desarrollar en materia de derechos humanos. Para ello se realizará un recorrido histórico que permita apreciar consideración filosófica, política y jurídica, y buscar explicaciones para su actual invisibilidad. A continuación se esbozará una caracterización de los "deberes" para luego realizar una aproximación a la idea de deberes humanos.

1. UN RECORRIDO HISTÓRICO

Derecho, moral y religión encuentran un común inicio en la antigüedad, para luego ir delineando sus ámbitos. Veamos algunos fragmentos de pensamiento antiguo.

La obra "Antígona" de Sófocles suele ser el ejemplo de esbozo de un derecho natural anterior y eterno con prevalencia por sobre la ley positiva. Lo interesante es que Antígona siente por sobre toda consideración el deber de realizar los ritos funerarios a su hermano insepulto. *"Yo, por mi parte, enterraré a Polinice. Será hermoso para mí morir cumpliendo ese deber. Así reposaré junto a él, amante hermana con el amado hermano; rebelde y santa por cumplir con todos mis deberes piadosos; que más cuenta me tiene dar gusto a los que están abajo, que a los que están aquí arriba, pues para siempre tengo que descansar bajo tierra. Tú, si te parece, desprecia lo que para los dioses es lo más sagrado"*[87]

Es el cumplimiento del deber el motivo de orgullo y fundamento del sacrificio de Leónidas y sus 300 espartanos, tal como declara la tradición histórica que atribuye al poeta Simónides: *"Caminante, ve a Esparta y dile a sus ciudadanos que aquí yacemos por obedecer sus leyes"*.

En el libro 9, capítulo 2 de ética a Nicómaco, Aristóteles analiza el deber y sus límites; se puede advertirse claramente su posición en cuanto a que el deber es actuar con justicia devolviendo o dando a

87 Sofocles (2001). 5.

cada uno lo que corresponde en el marco de las distintas posibles acciones que puedan realizarse en una situación. El deber es en medio para alcanzar la virtud y su importancia está en el contenido, lo cual define una concepción del deber que será contrapuesta en la modernidad al formalismo de Kant, para quien lo importante es cumplir el deber por el deber en sí mismo. La idea del Derecho como justicia es central, a tal punto que los romanos llamarán al Derecho "*ius*".

El hombre, ser social por naturaleza, encuentra su realización solo en sociedad y por tanto para el ciudadano de la polis hay un deber de participación en la justicia y el gobierno de la ciudad[88]. La concepción del hombre puede definirse como "estar junto a", pertenecer a una comunidad es la manera en la que se encuentra la natural realización personal.

Los estoicos son parte importante de pensamiento de la antigüedad, fueron filósofos y políticos que pusieron al deber en un lugar central de su sistema de pensamiento de fuerte moralidad; vale la pena citar a Zenón, Cicerón, Séneca y Marco Aurelio. Roma profundizará el concepto de ciudadanía y sus deberes inherentes a través de sus instituciones jurídicas. Cicerón dedicó una obra completa a los deberes de los ciudadanos que se conectan directamente con la virtud. José Guillén Cabañero explica en la Introducción del libro, que él mismo traduce, que Cicerón "*En el De Officiis trata de formar a todos los ciudadanos en la conciencia de lo recto y del cumplimiento del deber de una forma consciente y racional. Considerando que todos y cada uno que sus primeras obligaciones son para con la patria…*" remitiendo al punto I, 57-58.[89]

Es interesante que Gregorio Peces-Barba relaciona directamente a Cicerón como responsable del pasaje de los deberes morales a los jurídicos, mientras que Luis Bandieri impugna esa idea.[90] Para éste último la idea de deber en los estoicos tiene un carácter exhortativo y ejemplificador, como puede advertirse de la lectura de su obra "De Officii" (lo mismo sucede con la Obra de Marco Aurelio). Coincido con Bandieri que la idea de "deberes" de los estoicos parece más vinculada y unida a la concepción de la ética como "carácter" del eudemonismo griego o a la idea de ciudadanía legal romana que al deber en sí mismo. Explica que el derecho todavía era "*jus*", relación de justicia entre sujetos – cosa, y que el pasaje de lo moral a lo jurídico encuentra causa en

88 Aristóteles (2007). 108.

89 Cicerón (2009).

90 Bandieri (2011). nota al pie (20).

el individualismo de la modernidad, cuando el derecho cambie a "*lex*" y la relación sea ya sujeto – sujeto.[91]

En la Edad Media el sistema feudal de vasallaje se asentará sobre un sometimiento personal donde eran mucho más fuertes las cargas que las libertades, el siervo de gleba sufría una relación asimétrica con su señor y su existencia se consideraba apenas por encima de la esclavitud; al ser una sociedad y sistema productivo estructurado sobre una relación jerárquica vertical y estamentaria, no podía ser de otra manera. La filosofía medieval estará fuertemente unidad a la teología y los deberes tendrán una vinculación directa a lo religioso que se mantendrá hasta la modernidad. Así, avanzada la Edad Media, las grandes monarquías acrecentarán su poder imponiendo fuertes obligaciones a sus súbditos, situación que nos llevará a las revoluciones burguesas de la Modernidad.

El renacimiento italiano pondrá al hombre en centralidad, recuperará a los autores antiguos y dejará todo preparado para el imperio de la razón. La Modernidad irá separando al deber primero de la religión, para luego separar a los deberes morales de los jurídicos. El individualismo del hombre europeo moderno permite el pasaje de un derecho como búsqueda de lo justo en la relación sujeto-objeto a un derecho en el que el individuo se posiciona frente a las normas[92]. Varios elementos jugarán para que en este período se defina al Derecho como "facultad" o "potestad; se trata del Derecho "subjetivo", que se definirá en forma antinómica a los deberes. Explica Luis Bandieri,[93] que de esta manera lo jurídico pivoteará sobre la subjetividad que se traduce en la primacía del Derecho potestad.

El racionalismo e individualismo moderno infiltran el ámbito jurídico para alumbrar al Derecho subjetivo. Michel Valley analiza esta conversión del *ius* en *lex*, del Derecho proporción objetiva de lo justo al Derecho como potestad subjetiva. Para este giro será importante primero el "rasero" de Ockham y su nominalismo en la cuestión de los "universales, y un individualismo metafísico que se trasladará a un subjetivismo jurídico[94]; Massini Correas indica que si solo existen sujetos individuales, trasladado al campo jurídico implica que el derecho se

91 En igual sentido, al seguir a Finnis, ver Massini (2010). 66.

92 Peces-Barba (1987).

93 Bandieri (2011). 7.

94 Contreras Peláez – Pérez Luño (2009). 3. Recomiendo este excelente ensayo para adentrarse en el pensamiento de Michel Villey sobre los derechos subjetivos.

reduce a las potestades o prerrogativas de estos sujetos individuales.[95] Además considera que la participación de Ockham en la disputa sobre la pobreza entre el Papado y la orden Franciscana como una temprana formulación Derecho como potestad (todavía estamos en el Medievo).

Juegan un papel importante en este giro del derecho los aportes de la segunda escolástica española; autores como Suárez y Vitoria, quienes ya consideran al derecho subjetivo como potestad de reclamo o exigencia (y como parte de la moral). Villey es excesivamente contundente en atribuir a estos autores una postura pragmatista y el abandono del preciado objetivismo. Si bien parten de una escolástica tomística, en Suárez se filtraría el voluntarismo en sus consideraciones sobre la voluntad legisladora. Por el lado de Vitoria define el Derecho como la acción justa moralmente debida y reflejada en forma de facultades subjetivas. Sin duda que estos elementos se van perfilando y contribuyen al giro de la modernidad hacia el subjetivismo jurídico, aunque entiendo que de una manera mucho más matizada que la que atribuida por Villey.[96]

La era de la razón también producirá las corrientes de Derecho Natural Racional. El iusnaturalismo racionalista de pensadores como Grocio también realizará su aporte, y por supuesto, Kant. Su ética formal de cumplimiento del deber solo por el deber a partir del imperativo categórico que el hombre se legisla a sí mismo a través de la razón profundizará el individualismo. El deber moral se desprenderá del deber jurídico, un ámbito se interior, el otro exterior. Para el deber de legalidad de la conducta externa se necesita la ley de la voluntad legisladora.

El contractualismo también tendrá un aporte importante en el posicionamiento del Derecho subjetivo como central y la atenuación de la idea de deber. Thomas Hobbes plantea un estado de naturaleza o presocial en el cual los hombres tienen derechos infinitos, en busca de la supervivencia, pero estos no son eficientes, operativos; la situación de beligerancia natural hace que si todos colisionen. El contrato social, que crea al famoso Leviatán, implica en definitiva un recorte de potencialidad de los derechos del estado de naturaleza que los hace eficaces, así los derechos civiles resultan finitos pero operativos y se confía su tutela al Estado, que por no ser parte del contrato, no está

95 Massini Correas (2005). 83.

96 Analizar el aporte de la escolástica española excede a este trabajo, pero no puedo no mencionar que la lectura de estos autores es de vital importancia para la filosofía del Derecho.

obligado por ellos. Villey entiende que bajo la impronta de un aparente totalitarismo, en la concepción de Hobbes[97] subyace una impronta liberal e individualista. No obstante la legitimación contractualista de Hobbes hacia el Estado será argumento de legitimidad política para las fuertes monarquías europeas.

Una cuestión clave será el absolutismo político y su caída. La razón disparará el desarrollo de las ciencias, están los grandes descubrimientos científicos y geográficos, las materias primas del nuevo mundo serán procesadas en los talleres europeos y un nuevo protagonista ganará el escenario socio-político revelándose contra el absolutismo y su pesada carga. Para el ciudadano burgués lo importante será limitar el poder del Estado que lo agobia, lo que dará origen a los derechos subjetivos como cartas de triunfo a oponer contra la autoridad. A partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, todo girará en torno a los derechos.

Con todos los elementos que se vienen mencionando, las grandes revoluciones burguesas pondrán su acento en los derechos subjetivos como modo de protección de los ciudadanos frente al Estado. La Revolución Francesa de 1879 tuvo que realizar una elección que resultó fundamental, y sin dudas "hija de su época". Al momento de decidir el contenido de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, que es más amplia que la difundida reducción a la tríada libertad, igualdad y fraternidad, se puso en evidencia la opción por una antinomia entre derechos y deberes no sin una ardua disputa en el seno de la Asamblea Nacional. Varios proyectos incluían una declaración de deberes; Henri Grégoire, más conocido como "el abate Grégoire", que además fue un defensor de la igualdad de razas, impulsó uno de ellos, pronunciándose de esta manera: *"Los deberes no derivan de los derechos... Son correlativos y marchan por líneas paralelas. Es imposible concebir derechos activos sin derechos pasivos, y estos últimos son los deberes... La Constitución que haréis será una consecuencia tanto de los deberes como de los derechos. La Declaración que será el preliminar debe poner, pues, los fundamentos de unos y otros...; mostradle no solo el círculo que puede recorrer, sino también la barrera que no puede salvar"*[98]

97 Massini Correas explica que para Finnis el punto de inflexión en el cambio ius-lex es Hobbes y agrega en nota (35) que así como para Villey tal punto es Ockham, Alejandro Guzmán Brito lo ubica en el pensamiento de un discípulo de este, Johannes Charlier de Gerson. Massini Correas (2010). 68

98 Carbonell (2009). 63.

El diputado De Sinety también presentó un proyecto que, a modo de tabla de doble entrada, formulaba Derechos y deberes; pero lo cierto es que llegado el momento de decidir si se incluían o no los deberes en la Declaración, la votación fue contraria a ésta posición, y si bien hubo distintas razones, como bien anota el Dr. Bandieri, se fijó una postura, que sería tendencia en adelante, que al presentar a los derechos en forma antinómica con los deberes, para reforzar a los primeros se ocultó o ignoró a los segundos.[99]

Las primeras Constituciones de los Estados se realizaron sobre el eje fundamental del derecho subjetivo como límite al Estado, cartas de declaraciones de libertades y garantías que implicaban indirectamente el deber de respetarlos, de no interferir con tales prerrogativas.

Como ya dijimos, luego de la II Guerra Mundial la humanidad se avocó a analizar las atrocidades vividas y algunos de sus frutos fueron la creación de organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidad en 1945; se gestó en su seno otra Declaración, seguramente la más emblemática a nivel mundial, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU. También en esta ocasión se presentó la cuestión de los deberes y si debían ser incluidos. La tendencia de su invisibilidad se mantendría.

El recorrido histórico nos llevará a ver ciertos instrumentos de suma importancia; en este trabajo no los analizaremos, pero sí me interesa reseñarlos e incluirlos como mojones claves, puntos de anclaje sobre los que se pueda asentar una vuelta a la consideración de los deberes humanos, y no solo estos, también deberes éticos y jurídicos.

Ya al año siguiente, 1946, se creó la Comisión de Derechos Humanos (dependiente del ECOSOC) cuya primera misión era elaborar una gran Declaración de Derechos Humanos que en principio debía incluir tres documentos: una declaración, un pacto y un tercer documento con herramientas de protección de los derechos contenidos en los dos primeros. La tarea no sería fácil puesto que el mundo ya empezaba a convivir con una política internacional dividida en dos grandes bloques, encabezados por EEUU y la URSS, que mantendrían por décadas una "guerra fría" que no fue solo ideológica, y que por supuesto se trasladó a las deliberaciones de los contenidos.

99 Bandieri (2011). 11.

La obligatoriedad de la Carta y sus contenidos empezaron a dividir las posturas y a poner en tensión a las potencias enfrentadas. Se nombró un Comité Inicial o "Comisión Nuclear" y luego un "Comité de Redacción"; la tarea final fue encabezada por René Cassin, quien lo presentó en 1947, y llevó todavía un año más de deliberaciones poder afinar el texto.[100] En ese contexto de deliberación, negociación y definiciones, un alma mater de la DUDH, Eleanor Roosevelt fue consultada al respecto de los deberes humanos en un contexto histórico en el que los totalitaristas perdedores de la II Guerra habían utilizado un discurso ideológico impregnado de deberes hacia el Estado; su respuesta (en palabras de René Cassin) es todo un resumen del pensamiento del momento: "La tarea que se nos ha encomendado es la de proclamar los derechos y las libertades fundamentales del ser humano ... no la enumerar sus deberes".[101]

Todo terminó en una muy tenue mención de los deberes en el texto de la DUDH[102]; en su artículo 29 inciso 1 se determina que las personas tienen deberes respecto de la comunidad, fundado en que solo en ella pueden desarrollarse plenamente.

A nivel interamericano hubo un mejor reconocimiento. En mayo de 1948 en el seno de la Organización de Estados Americanos, y anticipándose a la Declaración Universal, se consagró la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre. Si bien su alcance es regional es un antecedente clave en un mejor reconocimiento de los deberes humanos, que ya desde su título incluye a los deberes. El Preámbulo indica que *"El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad. Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan."*

Es interesante que la tal como se expresa, los deberes no serían un constreñimiento de la libertad sino su afirmación, tal como indi-

100 Oraá (2004). 127.

101 Oraá (1998). 454, nota (5).

102 Hubo una presión al respecto de los países del bloque socialistas y los sudamericanos, debiendo advertirse que en el mismo año 48 y unos meses antes la OEA realizó su Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre.

ca Gianluigi Palombella.[103] Luego le dedica el capítulo II a "Deberes"; Su contenido se resume en deberes ante la sociedad, para con hijos y padres, de instrucción, de sufragio, obediencia a la ley, servicio a la comunidad y Nación, de asistencia y seguridad social, de pagar impuestos, trabajo y de abstenerse a realizar actividades políticas en país extranjero. Es sumamente destacable este texto importantísimo del sistema Interamericano, con aporte fundamental de los países latinoamericanos, quienes más fuerza hicieron luego, sin éxito, para incluirlos también en la DUDH. Es que a nivel Interamericano no fue algo meramente formal como el art 29.1 de DUDH (una mención que se conformará con que no los excluyera), sino que en la DADDH se determinaron ciertos contenidos de los deberes humanos.

En 1963 hay un documento muy importante en el avance al reconocimiento de los deberes. La Encíclica Pacem in Terris del Pontífice Juan XXIII habla directamente de los deberes humanos. Es verdad que se trata de un documento en el marco de una religión, pero es indebido restarle importancia a las implicancias de la Doctrina Social de la Iglesia Católica, especialmente en el pensamiento occidental, pero también en el mundo intelectual socio-político en todo el mundo.[104]

Fundados en su propia naturaleza la persona humana tiene derechos y deberes que son universales, inviolables e irrenunciables. Esta declaración caracteriza a los derechos y deberes humanos por igual.[105] Dentro de lo que denomina "las relaciones civiles", y luego de describir los derechos del hombre, la Carta Encíclica se avoca a los deberes humanos, declarando primero una conexión esencial de estos con los derechos, en base a la ley natural. Enumera en principio 3 deberes: respetar los derechos ajenos, colaborar con los demás y actuar con sentido de responsabilidad. En su explicación queda muy claro que la posición es la de considerar la correlatividad entre deberes y derechos. "*Los derechos naturales... están unidos en el hombre que los posee con otros tantos deberes, y unos y otros tienen en la ley natural, que los confiere o los impone, su origen, mantenimiento y vigor indestructible.*"[106] También alerta sobre el peligro que implica desconocer esta correla-

103 Palombella (2007). 124. Más adelante me refiero a esta idea de Palombella.

104 Lo mismo puede decirse del pensamiento de los otros dos grandes monoteísmos, la religión judía y la musulmana; las consecuencias filosóficas, éticas, jurídicas, por ejemplo, de las mismas no pueden resultarnos indiferentes.

105 Juan XXIII (1963). 9.

106 Juan XXXI (1963). 28.

tividad, puesto que: "quienes, al reivindicar sus derechos, olvidan por completo sus deberes o no les dan la importancia debida, se asemejan a los que derriban con una mano lo que con la otra construyen".[107]

Los deberes humanos también serán incluidos en los siguientes puntos, cuando el Pontífice se refiera a los distintos órdenes de la convivencia, como las relaciones políticas, las internacionales y las mundiales.

En 1969 el ámbito interamericano volvió a presentar antecedentes, al dictarse la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José de Costa Rica, que dedica un capítulo/artículo a los deberes de las personas (cap. 5). Su enunciado expresa la correlación entre deberes y derechos, indicando en el inciso 1 que las personas tienen deberes con la familia, la comunidad y la humanidad. Sin bien no se determina un contenido específico sino que se enuncian los destinatarios de dichos deberes, lo interesante es que son deberes para las personas, para los individuos.

Los aniversarios invitan al balance reflexivo que es, sin dudas, una excelente tarea. En 1998, con motivo del 50 aniversario de la DUDH, se realiza en Valencia una reunión de expertos auspiciada por UNESCO con el apoyo de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU y ONGs locales, con el fin de realizar un análisis profundo de los deberes y responsabilidades del hombre y los estados, partiendo de una realidad que venimos expresando desde el inicio: *"Preocupado por el hecho de que cincuenta años después de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y la subsiguiente adopción de otros instrumentos de derechos humanos, las graves violaciones de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y su desprecio continúan ultrajando la conciencia de la humanidad".*[108]

La DRDH va a diferenciar los conceptos de deberes y responsabilidades, definiendo a los primeros como obligaciones éticas o morales, (no veo claro si la conjunción disyuntiva denota alternativa o equivalencia, entiendo que debería ser alternativa, y que un deber ético no es lo mismo que un deber moral, puesto que no son sinónimos, aunque reconozco que por etimología y en otros ámbitos puedan ser utilizadas como si lo fueran). Las responsabilidades como obligaciones con "fuerza legal" fundadas en el derecho internacional. Son titulares

107 Juan XXIII (1963). 30.

108 Declaración de Valencia (1998), Preámbulo.

de estos deberes y responsabilidades los Estados, las organizaciones intergubernamentales y las no gubernamentales, las corporaciones públicas y privadas (con especial énfasis en las transnacionales), las personas, pueblos y comunidades. La declaración sobre quiénes recae la titularidad de deberes y responsabilidades es importante toda vez que pareciera que solo corresponden a los Estados, mientras que individuos y grupos sociales solo son titulares de reclamos, de derechos subjetivos sin deberes a su cargo.

La Declaración de Valencia ha detallado pormenorizadamente deberes y responsabilidades, es un jalón de referencia de enorme importancia y que sin dudas requiere un estudio aparte, dicho listado será importante y se incluirá en el último capítulo, cuando realice un pequeño esbozo de los Deberes Humanos, remitiéndome pues al apartado 5.h "contenidos de los Deberes Humanos".

En 2009 Benedicto XVI realiza una Carta Encíclica nominada "Caritas in Veritate" (Caridad en la verdad). Expresa el Pontífice, al hablar de solidaridad y desarrollo que: *"La solidaridad universal, que es un hecho y un beneficio para todos, es también un deber. En la actualidad, muchos pretenden pensar que no deben nada a nadie, si no es a sí mismos. Piensan que solo son titulares de derechos y con frecuencia les cuesta madurar en su responsabilidad respecto al desarrollo integral propio y ajeno. Por ello, es importante urgir una nueva reflexión sobre los deberes que los derechos presuponen, y sin los cuales estos se convierten en algo arbitrario".*[109] La Encíclica expresa un diagnóstico preciso sobre la no consideración de los deberes.

Expone la contradicción que existe entre los reclamos arbitrarios y superfluos de ampliación de supuestos derechos que contrastan con la violación derechos humanos elementales como el derecho a la alimentación, vivienda, agua potable, salud y educación, tanto en los países en vía de desarrollo como en el propio seno de sociedades opulentas.

Atribuye esta situación al desquicio de los derechos individuales como consecuencia de su desvinculación de un conjunto de deberes que le den sentido. Es interesante como se presenta a los deberes no solo como un límite a los derechos sino también como su fundamento de sentido profundo y real criterio que evita la arbitrariedad y el mero capricho, dotándolos de legitimidad. La exacerbación de los derechos

109 Benedicto XVI (2009). 43.

conduce al olvido de los deberes y estos derechos carentes de sentido antropológico y ético se transforman en el resultado de la lucha de legislativa que puede ser de una manera u otra, es decir, sin más fundamentos que imponerse en el fragor deliberativo[110], que hoy los reconoce pero pudiera ser que mañana no.

Al ser una opinión coincidente la que entiende que la realidad nos muestra una prioridad absoluta a favor de los derechos subjetivos que oculta e ignora los deberes, a continuación veremos algunas de las posibles causas.

2. IDEAS SOBRE LAS CAUSAS DE LA INVISIBILIDAD DE LOS DEBERES HUMANOS

La situación de los deberes, y específicamente los deberes humanos, y su actual invisibilidad reconoce varias razones, muchas de las cuales se han ido desarrollando. En los párrafos siguientes resumiremos algunas de ellas.

La evolución histórica nos muestra como el pasaje del derecho como lo justo hacia un derecho que toma como eje central a los derechos subjetivos ha dejado de lado a los deberes.

Ésta concepción del derecho o bien transformó a los deberes en una derivación subordinada de los derechos que facilita su cumplimiento, o los coloca en una relación de dos caras de la misma moneda en la que los deberes se transforman en su cara oculta y olvidada.

Asimismo, el hecho que los totalitarismos y autoritarismos del siglo XX hayan utilizado los deberes como parte de su discurso justificador de la subordinación del hombre a sus estructuras cargó de una mirada peyorativa y de desconfianza toda invocación que en adelante los tomará en cuenta; la respuesta que anotamos de Eleanor Roosevelt es un claro ejemplo.

Sumemos también el fenómeno de la expansión de derechos. El individualismo asociado a los derechos subjetivos ha fomentado que en los últimos años se produjera una fuerte expansión del reclamo y re-

110 Foucault (2003). El intelectual francés llevará a Nietzsche al campo jurídico, considerando al derecho como la forma ritual de la guerra (Conferencia 3). 69.

conocimiento de derechos al margen de toda mirada de los deberes. La materia de los Derechos Humanos se ha convertido en una suerte de masa crítica que crece sin límites y con un riesgo seguro: si todos los derechos (o su mayoría) se transforman en derechos esenciales y fundamentales se difumina la jerarquía de los mismos y se igualan al resto de los derechos, perdiendo el acento de consideración que deberían despertar para producir reconocimientos y transformaciones reales. Además de opacar la su relevancia, la ampliación desmesurada de derechos humanos termina por incluir reconocimientos cuestionables, en los que su esencialidad respecto la dignidad del hombre luce banalizada, licuada. Es muy claro Carlos Maino cuando dice: *"Cuando todos los derechos se tornan fundamentales, se termina ninguneando la ley. Además, si todos los derechos son fundamentales, y es imposible distinguirlos de los ordinarios, recibirán todos el mismo tratamiento igualitario, en desmedro de la importancia y excepción que los derechos humanos realmente merecen".*[111]

A esta situación de expansión que conlleva a una pérdida de jerarquía y banalización de su contenido sumemos una muy importante consecuencia problemática: todo es ampliación de derechos, de potestades, de reclamos, pero al no hablarse de deberes todas estas prerrogativas no encuentran ya receptores porque nadie se siente obligado. Si en la misma medida en que ampliamos derechos olvidamos ocuparnos de los deberes, la pregunta es ¿quiénes los satisfarán? ¿Todo recaerá en el Estado, suerte de blanco fijo de reclamos al que todas las flechas parecieran alcanzar? ¿Qué pasa con la invisibilidad de nuestros deberes individuales? Casi como dándole la razón a John L. Mackie[112] en cuanto a que los deberes son algo molesto, González Faus caracteriza nuestra época indicando que "*...lo habitual es usar los derechos humanos no como una fuente de deberes míos, sino como fuente de reivindicaciones para mí y de obligaciones "para los demás", como excusa para exigir algo a otros, que es una de las cosas que más nos gustan a los humanos...*"[113]

William Daros remarca como factor contribuyente la posmodernidad y su pulverización de los grandes relatos, con los que también desaparecen los grandes deberes universales.[114] El análisis es interesante, en efecto la concepción de la "verdad" como solo un conflicto de

111 Maino (2011). 16.

112 John Leslie Mackie.

113 González Faus (2002).

114 Daros (2013). 30.

discursos y la caída de los grandes metarelatos de la posmodernidad (iluminismo, cristianismo, marxismo, capitalismo) ha llevado a una concepción del hombre y la sociedad que se asienta ahora en microrelatos, en un sinfín de diversidades y minorías que reclaman sus derechos, su visibilidad; desde la perspectiva del Derecho ha acrecentado una explosión de derechos subjetivos que no fueron acompañados en su irrupción por el correlato correspondiente de deberes, lo que contribuyó a la expansión de la pléyade de facultades de los nuevos colectivos humanos, que se perciben como merecedores de respetos pero que no se reconocen como titulares de deberes.

Gilles Lipovetsky[115] analiza esta "ética indolora" en la que el deber ha perdido todo sustento. Atado a la religión en sus orígenes, el proyecto secularizador de la modernidad reemplazó a estas por un fundamento humanista y racional que luego también se fue licuando en el vacío del hiperindividualismo narcisista y consumista, donde la imagen y el hedonismo dejan poco lugar al compromiso. *"Se ha puesto en marcha una nueva lógica del proceso de secularización de la moral que no consiste solo en afirmar la ética como esfera independiente de las religiones reveladas sino en disolver socialmente su forma religiosa: el deber mismo."*[116] Para Lipovetsky los valores sacrificiales y de abnegación que implicaban los deberes han desaparecido y las democracias actuales se han organizado a partir de una posmoral que implica una ética mínima, sin obligación ni sanción.

No es de extrañar entonces que luego de todos los elementos mencionados, el Derecho haya prácticamente prescindido de los deberes para aplicarse afanosamente al desarrollo de los derechos subjetivos. Ésta es otra concausa del ocultamiento de los deberes y se refleja claramente en que los diferentes Documentos Internacionales no los considera y si lo hacen son menciones casi vergonzosas y mínimas, al punto que el trabajo recopila casi un rastreo de lupa para ubicar declaraciones que los reconozcan. Y lo mismo ocurre con la doctrina. La labor sobre deberes, comparativamente con el desarrollo de derechos, es insignificante.

115 Lipovetsky (1994). 32.

116 Lipovetsky (1994). 12.

3. APROXIMACIÓN A LOS DEBERES

Ya en su obra "Introducción Filosófica al Derecho" Werner Goldschmidt realizaba una severa advertencia acerca de un problema con el que se debería lidiar en Derecho: la multivocidad doble de los vocablos[117], o en palabras de Massini Correas: *"En esta tarea analítica acerca de la noción de derechos ... hay que reconocerlo, existe un cierto desorden terminológico, pues se utilizan palabras diferentes para significar nociones idénticas"*[118]. No en vano los filósofos del giro lingüístico trabajan arduamente sobre los desacuerdos del lenguaje y de la misma manera la Meta-Ética intenta precisar los conceptos de la disciplina. En efecto al analizar el tema del deber tanto en el campo ético como jurídico vamos a encontrar distintos significados, alcances e interpretaciones para las mismas palabras y estructuras lingüísticas. Trataremos de reducir y simplificar ciertos conceptos, puesto que este trabajo no tiene como objetivo abordar dichas cuestiones (arduas y necesarias).

La idea de deber nos remite a obligación, a estar atado (ligado) a otra persona porque tenemos que realizar (o no realizar) una acción a favor de este. En su etimología latina la palabra deber viene de "debere" componiéndose con el prefijo "de" y – habere, significando tener la cosa de otro, a quien hay que devolvérsela. Esto implicaría una limitación a nuestra libertad[119] (no física, sino moral) que no puede eludirse, o al menos no sin consecuencias; un mandato a tomar una decisión respecto del cumplimiento de lo debido. Los deberes serán económicos como sociales, familiares, morales religiosos y jurídicos, según de cuál sea su fuente o contenido. Incluso un mismo deber puede ser a la vez moral, social y jurídico, o religioso y moral.

William Daros, siguiendo a Antonio Rosmini, considera al deber una exigencia moral de justicia; si el deber implica etimológicamente "de – habere", tener la cosa de otro, será necesario una acción de devolución, la misma consiste en dar a cada uno lo que corresponde; el deber es pues una exigencia de acción que impone la justicia a la conciencia que confronta.[120]

---

117 Goldschmidt (1978). 1

118 Massini Correas (2005). 105.

119 Pensadores como Palombella ven en el deber no como una restricción negativas a la libertad sino que por contrario, tienden a ampliar la libertad. Más adelante volveré al tema.

120 Daros (2013). 18.

Ahora bien el deber se presenta ante la persona como una confrontación entre lo que puede hacer y lo que debe hacer, y si bien el deber puede verse como un constreñimiento a la libertad, la supone; implica para la conciencia del hombre una obligación a cumplir. En el campo moral obliga a conciencia; para ser socialmente exigida ese deber debe haberse convertido en costumbre y si es reconocido por el Derecho, estamos en campo jurídico.[121] Las relaciones entre moral y Derecho son estrechas para gran parte de las concepciones del derecho; en cuanto al deber, no es posible no incluir la religión como componente ineludible en su elaboración original en la antigüedad. Pero es fundamental que quede correctamente delimitado que si bien pueden superponerse, los deberes morales y jurídicos se distinguen.

El deber jurídico es el que tiene un soporte jurídico; encuentra en el Derecho, en una norma jurídica del Derecho positivo su origen y determinación, exigiendo su cumplimiento objetivo y exterior. Es verdad que hay un deber moral de cumplir con el Derecho, pero se trata de un deber moral, cuyo fundamento está en valores contenidos en las normas morales. Coincide en este caso el deber jurídico con el deber moral de cumplir con el Derecho (es un tema no menor la validez del Derecho). También puede ser que el contenido del deber jurídico sea un deber moral. Vemos a un ejemplo: **i.** existe un deber jurídico de asistencia alimentaria a los hijos, **ii.** hay un deber moral de cumplir con el Derecho, y **iii.** además el contenido del deber jurídico (procurar alimentos y asistencia a los hijos) es un deber moral. Pagar una deuda documentada es un deber jurídico, que encuentra su origen en una norma jurídica civil/comercial, también es un deber moral honrar las deudas; puede suceder que la norma jurídica extinga el deber jurídico por el paso del tiempo, pero subsiste el deber moral de afrontar la misma (en Derecho las llamamos obligaciones naturales). Lo mismo sucede con las normas sociales, puede haber coincidencia o no entre el contenido del deber social y el contenido del deber jurídico. Distintas normas (morales, sociales, jurídicas) son fuentes de distintos deberes (morales, sociales, jurídicos), que puede superponerse, o no.[122]

La fuente del deber jurídico es una norma jurídica, ahora bien, hay algo que distingue a la norma jurídica y es la coercibilidad, la posibilidad de ser aplicada por medio de la coacción; un deber jurídico incumplido genera la posibilidad que se fuerce su cumplimiento o se

121 Daros (2013). 17.

122 Recaséns Siches (2000), Cap. VIII.

ordene reparar el incumplimiento, pero lo importante es que genera consecuencias sancionatorias. Si no existe esta posibilidad, no es un deber jurídico. Esta concepción sitúa a la sanción como un elemento necesario y decisivo para la determinación del deber jurídico, siendo la clásica posición de Kelsen.[123] "Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria."

La postura que considera que sin sanción no hay obligación o deber jurídico generó un matiz en cuanto a si la sanción debería implicar una situación más gravosa que produzca una repugnancia a la desobediencia, o bastaba que la sanción produzca en el obligado la necesidad de evitar las consecuencias negativas que el ordenamiento jurídico atribuye al incumplimiento.[124] Explica Ana Colomer Segura, siguiendo a Vidal, que "con la llegada del positivismo jurídico, se reduce el deber a la coacción"[125], resumiendo correctamente todo un pensamiento jurídico muy influyente.

Para Moisset Espanés[126] el deber moral también genera sanciones para el caso de su incumplimiento, solo que son sanciones de otra naturaleza, como el repudio social o el remordimiento individual; no obstante queda claro que no puede ser forzado su cumplimiento, esto es, cumplidos coactivamente.

Pero no solo la presencia de la sanción distingue a estos deberes morales de los jurídicos, ambos campos proporcionan otras diferencias que se integran y complementan. La moral impone deberes subjetivos a la conciencia del sujeto y por tanto unilaterales, mientras que los deberes jurídicos siempre importan una relación bilateral puesto que el campo jurídico es la conducta humana en convivencia y la nota de alteridad es evidente; el deber involucra no solo al sujeto que actúa sino también al resto de los individuos de la sociedad con las que dicho actuar se relaciona.

La ética, la religión, el Derecho, en fin, toda la conducta humana solo puede considerarse a partir de su libertad y esta solo se entiende

123 Kelsen (2009). Cap. IV. 66.

124 Escobar Rozas (1999). 294.

125 Colomer Segura (2012). 2.

126 Moisset de Espanés (1966).10.

a partir de la dignidad del hombre; de esta dignidad brotan derechos, pero también deberes. Derechos Humanos y Deberes Humanos.

Los derechos, en sentido subjetivo, son facultades, potestades que se reconocen al hombre de poder reclamar, peticionar lo que le corresponde, lo que es justo. Estamos en el orden de los derechos subjetivos pero tal como los conocemos los derechos subjetivos son un producto de la modernidad, un reconocimiento de la individualidad frente al poder del Estado que hirvió al calor de las revoluciones burguesas y del pensamiento iluminista y en este contexto es Kant quien logra un desarrollo que separará al deber moral del jurídico.

Los derechos de la primera generación reconocen las libertades negativas, la potestad de reclamar la no interferencia sobre dicho derecho (su ejercicio) con lo cual, por ejemplo, mi derecho a la integridad física implica que nadie puede menoscabarla; ese derecho se relaciona con el deber del resto de las personas de no afectarlo. Derecho[127] y deber son, según esta mirada, dos caras opuestas de la misma moneda. El derecho de A implica el deber de B de no impedir o interferir el ejercicio de dicho Derecho. Así se ha conformado una fuerte doctrina que encuentra una relación estrecha entre Derecho y deber, pero diferenciándose en cuanto a si dan primacía a uno u otro, o si ambos están en igualdad.

En algunos autores los derechos son previos a los deberes, así Eusebio Fernández reconoce la relación de correlatividad entre derechos y deberes indicando que poseer un derecho implica que el ordenamiento jurídico a impuesto un deber correlativo y complementario a otra persona pero aclara que los derechos son *"lógica y axiológicamente anteriores a los deberes, pues determinada una necesidad incondicional así como las posibilidades reales de satisfacerla, se puede establecer el deber correlativo, por lo que los derechos justifican los deberes."*[128] Analizando los fundamentos de la moralidad John Leslie Mackey[129] indica que pa-

127 Respecto de la voz "derecho" queda claro que sus concepciones son amplísimas y que tomo en cuanto a su concepto la idea de derecho subjetivo, reduciendo la cuestión puesto que sería de notable extensión analizar el concepto de Derecho.

128 Fernández (1984).

129 John Leslie Mackie, filósofo moralista australiano, en su artículo "¿Puede haber una moral basada en el derecho?". 168-181, en el libro "Theories of Rights", coord. por Jeremy Waldron (1984), ed. Oxfords Readings in Philosophy. Citado por Massini Correas (2005). 102.

reciera que una moral basada en derechos es mejor que una basada en deberes puesto que los derechos son algo que todos desean mientras los deberes nos resultan fastidiosos, salvo que les sean impuestos a los demás, y solo en miras a las ventajas que implican para nosotros o nuestros amigos; un deber por el deber mismo es una absurdo y realizará una defensa de la primacía del derecho sobre el deber.

Otros autores que colocan a los deberes en un grado de prelación respecto de los derechos, como Simone Wiel. Para esta pensadora francesa el hombre considerado desde sí mismo solo posee deberes y tiene derechos solo cuando aparece el punto de vista de los demás, es la convivencia con otros la que genera derechos; un hombre solo, solo posee deberes. Hay que tener en cuenta que el pensamiento de Weil se forjó durante la II Guerra Mundial, exiliada en Inglaterra y sufriendo por la situación de su patria. El primer párrafo de su libro L´Enracinement es ahora muy citado cuando se busca recuperar la importancia de los deberes: *"La noción de obligación prima sobre la de derecho, que está subordinada a ella y es relativa a ella. Un derecho no es eficaz por sí mismo, sino solo por la obligación que le corresponde. El cumplimiento efectivo de un derecho no depende de quién lo posee, sino de los demás hombres, que se sienten obligados a algo hacia él. La obligación es eficaz desde el momento en que queda establecida. Pero una obligación no reconocida por nadie no pierde un ápice de la plenitud de su ser. Un derecho no reconocido por nadie no es gran cosa".*[130]

Gianluigi Palombella encuentra en las libertades positivas una posibilidad de fundamentar deberes no ya como un constreñimiento a la libertad sino como realización de autonomía personal; así el respeto a ciertos valores o bienes se impone por su relevancia y no por correlatividad de ese deber con derechos; poniendo como ejemplo los deberes emergentes de las relaciones de amistad; este deber, como lúcidamente expone, *"no representa una limitación a nuestras posibilidades de elegir … no se trata de un freno que debemos imponernos por respeto a los otros … sino que se trata de nuestra visión del mundo, el efecto de una concepción de la humanidad, y de la vida, de su sentido".*[131][132]

130 Weil (2000). 19.

131 Palombella (2007). 124.

132 Tomo el fragmento del ensayo de Palombella a partir de su reseña por Ana Colomer Segura en Colomer Segura (2012). 3.

Este autor expresa que la relación entre derechos y deberes es al menos controvertida, aun reconociendo que se trata de un paradigma recurrente. Entiendo que hay una relación estrecha entre derechos y deberes, la que no se diluye aun si aceptamos la idea que no siempre un deber se deriva o conecta con un derecho (a la vez muchos deberes se presentan vinculados lógicamente a derechos). Esta intervención nos ayuda a sumar al análisis la idea del deber como promotor de derechos, y en consecuencia considerar que los deberes son una ampliación de la libertad y no su constreñimiento; incluso estas nociones pudiendo ser opuestas no son contradictorias, como explicaré más adelante.

También es interesante mencionar que Palombella analiza el porqué atribuimos prioridad a los deberes o a los derechos llegando a la conclusión que la prioridad vendrá determinada por la concepción que se tenga de la moral política o la moral general. *"¿cuáles son las razones por las que atribuimos prioridad a los deberes o, alternativamente, a los derechos? La respuesta depende de la concepción que se tenga de la moral política o de la moral en general: si las normas morales pueden tener una justificación que encuentre apoyo en los derechos o en los deberes, o quizá finalmente, en una tríada habitual, en el bien público (right-based, duty-based o incluso goal-based)."*[133]

La idea de ver entre derechos y deberes una relación estrecha de correlatividad y complementariedad luce fuertemente intuitiva si consideramos los derechos de primera generación, estos giran en torno a la no interferencia de la autonomía individual, lo que implica que por cada derecho subjetivo hay un deber negativo de todo un universo restante de no afectar la libertad reconocida. No obstante no pueden confundirse, mientras los derechos son posibilidad de acción (o no acción) los deberes son obligación de acción o abstención. La cuestión más ardua se presentará cuando poco a poco se desarrollen deberes positivos, es decir, la obligación de hacer cuya aceptación no es tan pacífica en ningún ámbito. Un análisis profundo de esta postura y sus críticas puede verse en el trabajo de Horacio Spector.[134] Por su parte Massini Correas entiende que del análisis de los derechos se desprende que no es posible pensarlos sin suponer un necesario deber jurídico de otro u otros sujetos, aunque sean indeterminables (idea que viene de sus análisis de contraejemplos), y funda su posición en una cuestión lingüística que sugiere una incorrecta relación ju-

133 Palombella (2007). 121.

134 Spector (2001). 15.

rídica; cuando se habla de "derecho a" parece remitir a una relación de dos términos: el sujeto y el objeto, mientras que la relación es de tres términos: titular, objeto y obligado, al no reflejar la terminología empleada la verdadera relación jurídica aparecen los errores que ocultan la relación entre derechos y deberes.[135]

Puestos a buscar un fundamento que reconozca la importancia de derechos y deberes sería interesante proponer que en cuanto a derechos humanos y deberes humanos, ambos encuentran fundamento en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana[136]; el valor del ser humano lo hace titular de derechos y de deberes fundamentales que deber ser reconocidos y respetados. Integrados y correlativos, derechos y deberes deben considerarse en pie de igualdad en cuanto a su origen y respeto.

La Encíclica "Paz en la Tierra" (1963) del Papa Juan XXIII pone a la Doctrina Social de la Iglesia Católica en consonancia con la idea de la correlatividad de los derechos y deberes del hombre, con fundamento en la su dignidad: *"En toda convivencia humana bien ordenada y provechosa hay que establecer como fundamento el principio de que todo hombre es persona, esto es, naturaleza dotada de inteligencia y de libre albedrío, y que, por tanto, el hombre tiene por sí mismo derechos y deberes, que dimanan inmediatamente y al mismo tiempo de su propia naturaleza. Estos derechos y deberes son, por ello, universales e inviolables y no pueden renunciarse por ningún concepto"*[137]

Los deberes no son solo la cara oculta o menos famosa de un derecho. Aunque debe advertirse que el acento que se ha puesto en el reconocimiento de derechos y su protección no tuvo respecto de los deberes el mismo desarrollo. Las razones de la invisibilidad de los deberes humanos son varias y la idea de dar por sentado los deberes solo como contracara de los derechos quizás no ayudó a su consideración.

Al volver a Weil, la francesa continua se texto esbozando una idea de "deberes humanos" como aquellos deberes que tenemos hacia otros

---

135 Massini Correas (2005). 103-104.

136 La idea de la dignidad humana, a la que adhiero y considero punto de partida de los derechos y deberes humanos, puede tener distintos contenidos en cuanto a qué es lo valioso que caracteriza al hombre (su filiación religiosa, su racionalidad, su moralidad, etc.) Bobbio directamente elude la cuestión de la fundamentación para centrarse en la protección del sistema de derechos humanos.

137 Juan XXIII (1963) Pacem in Terris, punto 9, 28-34.

seres humanos por el solo hechos de serlo y en forma incondicionada; una obligación eterna que responde al destino del ser humano, e implica un respeto hacia el hombre y sus necesidades más importantes.

Es fácil relacionar el contenido de los deberes humanos de Simone Weil con la clásica definición de Peces-Barba sobre deberes fundamentales: *"Aquellos deberes jurídicos que se refieren a dimensiones básicas de la vida del hombre en sociedad, a bienes de primordial importancia, a la satisfacción de necesidades básicas o que afectan sectores especialmente importantes para la organización y el funcionamiento de las instituciones públicas, o al ejercicio de derechos fundamentales, generalmente en el ámbito constitucional"*.[138] La doctrina fue acuñando la expresión "deberes fundamentales" que figura en varios textos constitucionales de distintos países, como por ejemplo Italia. La cuestión de su nominación también deberá esclarecerse, ya que muchas veces se utiliza como sinónimo de Derechos Humanos, pero también se la utiliza para denominar a los derechos que por ser considerados de vital importancia para el desarrollo individual y social de las personas, se incluyen positivizados en el texto constitucional de un Estado. La cuestión es que dichas positivizaciones denominadas "Derechos Fundamentales" suelen ser mucho menos amplias que el plexo de Derechos Humanos, es decir, no todos los DDHH se encuentran en esa consideración de Derechos Fundamentales, lo cual no es un dato menor. Pero además muchos autores han detallado diferencias importantes en cuanto a su origen, naturaleza, protección absoluta o relativa, límites y regulación. Tratar ésta cuestión no es objeto de éste trabajo, por lo que solo dejo expresado el planteo.

Los deberes se fueron clasificando metodológicamente en distintas especies a medida que su desarrollo se profundizaba, especialmente en el ámbito de ética.

Una de ellas es muy significativa, los deberes *negativos* son los que nos ordenan no realizar ciertas conductas mientras que los *positivos* nos obligan a actuar de alguna determinada manera. Mientras los primeros se presentan ante nuestra conciencia de modo menos complicado, no ocurre lo mismo con los positivos. Yo puedo cumplir con mis deberes negativos quizás sentado en casa viendo deportes y de hecho no estoy interfiriendo la libertad ambulatoria de otros. Los deberes positivos imponen una determinada conducta, un hacer y se nos

138 Peces-Barba (1987). 336.

platea la cuestión de su límite. Supongamos que se nos presenta una persona que necesita nuestra ayuda, cuál es el límite dinerario de mi ayuda o debo darle todo lo que necesita aun al costo de ruina económica. Si la ayuda es física, por ejemplo debiendo rescatar a una persona que ha caído a un río, ¿hasta donde llegará mi deber, será arrojar un salvavidas, o avisar al bañero, o deberá arrojarme al remolino de agua para rescatarlo? ¿Debe el Vaticano vender todo su patrimonio y el producido darlo a los menesterosos? Cuando la ley prescribe un deber positivo, ¿con qué alcance puede hacerlo? Si la constitución determina que el Estado debe garantizar el acceso a una vivienda digna, ¿se trata de un deber positivo sin límites? ¿Cómo repercuten las distintas concepciones del deber en el Estado Bienestar, en las asociaciones intermedias y en los individuos?

Los deberes *imperfectos* son los que admiten distintos modos de cumplimiento, por ejemplo puedo dar personalmente dinero o ropa, alimentos a un necesitado, o trabajar en una ONG que se ocupe de tareas sociales, incluso puedo elegir en ayudar a los necesitados de mi barrio, o a los de África, o a las madres solteras o niños huérfanos; por contrario los deberes *perfectos* no permiten elegir el modo de cumplimiento, por ejemplo si debo respetar la libertad de opinión o preferencia sexual, no puedo optar con quien cumplo y con quien no cumplo, con cual grupo o persona satisfago dicho deber; el deber no dañar la integridad física de una persona no permite tales digresiones sino que se presenta conminando un cumplimiento sin opciones.

De la lectura de estos pares de conceptos se desprende que los deberes negativos tienden a ser perfectos (por ejemplo no dañar) y los positivos tienden a ser imperfectos (actuar, es decir, hacer o dar algo a favor de una persona o grupo se apoya en un límite de selección de medios y personas o grupos de personas).

Estas categorías, deberes negativos y positivos, perfectos e imperfectos, combinadas con la de generalidad son de muy importante desarrollo y sin dudas que afectan a la consideración de los derechos positivos sociales a partir de la segunda generación y la cláusula de progresividad. Para una profundización del tema recomiendo la lectura de Garzón Valdez[139] y Bayón.[140]

139 Garzón Valdés (1986).

140 Bayón (1986).

Antes de continuar es conveniente dejar solo sentado que suele distinguirse al deber de la obligación, que muchas veces son utilizados como sinónimos. La obligación se entiende como una relación jurídica personal entre partes que responde a intereses privados y por la cual una de ellas tiene que cumplir una determinada prestación a favor de la otra que cuenta para exigirla con el correspondiente derecho subjetivo; mientras que el deber se establece como una expresión de protección de un determinado interés objetivo de naturaleza pública que se impone a partir de la potestad del titular del poder público[141]. Sin dudas que la distinción requiere profundizarse, pero escapa a los fines de este trabajo.

4. LOS DEBERES HUMANOS

En los puntos precedentes he tratado de describir la situación de los deberes en su recorrido histórico y las razones de lo que se considera su "invisibilidad" e incluso más aún, la indiferencia, desconfianza y resistencia que producen en muchos ámbitos, y finalmente las ideas más importantes sobre deberes. Trataré de esbozar, a continuación, una aproximación a los deberes humanos.

a. Las críticas a la noción de deberes humanos son varias, incluso son compartidas con ciertas críticas a los deberes constitucionales. Veamos algunas de ellas.

En primer lugar, se indica que sus contenidos son tan heterogéneos que es muy difícil encontrar un criterio estructurante de su concepto. Al respecto es verdad que su contenido es diverso, sin embargo se puede partir de un concepto de deber para luego identificarlos. Queda claro que hablamos de contenido, por tanto será necesario analizar los enunciados, puesto que la utilización de la palabra "deber" no siempre revelará un deber humano, siendo necesario ver la estructura lingüística en la que se utiliza.

En segundo lugar, se indica que si no tienen una sanción concreta no se trata de un verdadero deber. Ya hemos hablado en el punto anterior acerca de la concepción que estructura al deber sobre la idea de sanción. Al no tener efectos jurídicos se considera que los deberes humanos, incluso los deberes constitucionales, no tienen efectos jurídicos

141 Díaz Revorio (2011). 284.

por lo que se trata de una categoría carente de utilidad e irrelevante y por tanto prescindible. La noción de obligatoriedad de la norma jurídica haría redundante gran parte del contenido de los deberes que solo serían reiteraciones del resto del ordenamiento. Al respecto entiendo que la noción de "sanción" como elemento estructurante de la enunciación del deber no es necesaria. Los deberes humanos tienen efecto jurídico, lo que no se opone a que funcionen como criterio de límite e interpretación para legisladores y magistrados, función de esencial importancia que también tienen los derechos humanos y que da por tierra toda atribución de ser una conceptualización irrelevante y prescindible. La redundancia que se le imputa solo implicar una mirada que tiene como eje al derecho sustantivo dándole al deber el papel secundario de ser una suerte de mera contracara que hace a la eficacia del derecho.

También, se indica que los deberes no tienen como destinatarios solo a los legisladores. No hay dudas que los deberes (y los derechos) humanos deben ser considerados como parte integrante del contenido filosófico/jurídico de la producción normativa y judicial, tanto en la fundamentación de las decisiones como en los límites infranqueables de las mismas. Tampoco ésta función se contradice con que los deberes tengan destinatarios concretos, sea un Estado o personas individuales o grupos de personas, o que funcionen además como habilitación para que los legisladores regulen un determinado deber, aunque debe quedar claro que de ninguna manera se los considerará tan solo como una mera expectativa de actuación de los poderes públicos. Ubicados en instrumentos internacionales al igual que los Derechos Humanos, su virtualidad jurídica es asimilable.

Es necesario proseguir este acercamiento sobre deberes humanos proponiendo algunas caracterizaciones al respecto.

b. Denominación: en primer lugar opto por la denominación "deberes humanos" para aquellas conductas de acción u omisión cuyo cumplimiento es impuesto a todos los individuos, grupos y Estados, fundados en la naturaleza del hombre, y cuyo contenido se integra con la satisfacción de las exigencias fundamentales de respeto y realización de la dignidad del ser humano.

Tal denominación tiene además una obvia relación con la de Derechos Humanos. Hay otras, por ejemplo cuando estos deberes son positivizados, al ser incluidos en ordenamientos jurídicos internos, probablemente se los denomine deberes fundamentales, o deberes constitucionales

si además la norma que los reconoce es una constitución (recordando que no es solo una cuestión de nomenclatura sino que hay diferencias esenciales entre deberes humanos y constitucionales).

La Declaración de Valencia distingue entre "deberes" y "responsabilidades". Conceptualiza a los deberes como obligaciones éticas o morales y a las responsabilidades como obligaciones jurídicas. La distinción se hace eco de una importante opinión que separa a los deberes de las obligaciones en razón de considerar a estas últimas como generadoras de un reproche jurídico por su incumplimiento. También implica negar a los deberes categoría jurídica.

Tania Busch Venthur, propone aceptar la categoría de deberes jurídicos al entender por tales deberes como la imposición de una conducta sin atribuir un derecho subjetivo como potestad de exigencia directa de cumplimiento a favor de otra persona, mientras que la obligación prescribe una conducta que puede ser exigida judicialmente por un sujeto al cual se lo facultado con tal poder atribuyéndole el correspondiente derecho subjetivo.[142] La tesis parece insertarse en la idea de considerar la autonomía del deber respecto de los derechos.

La Declaración de Valencia no ha tenido, por cierto, un desarrollo posterior de la distinción que propone, pero de alguna manera es consistente con la mayoría continental europea que pone acento en la sanción como elemento esencial, y por eso reserva para el deber un carácter moral.

La distinción entre deberes y obligaciones que no quita carácter jurídico al deber, aunque no lo dote de una sanción directa, resulta mejor. Además no implica negar reconocimiento al contenido ético/moral del deber. Podría entenderse que los Deberes Humanos pueden dividirse en: a. "deberes propiamente dichos" y b. "obligaciones". No obstante en derecho constitucional el "deber constitucional" funciona como categoría jurídica autónoma, aunque dirigido solo a los individuos.

c. La cuestión de la titularidad de los deberes humanos no es menor, la Declaración de Valencia es amplia en poner a cargo de los deberes y responsabilidades a la Comunidad Internacional y entender por tal a: **i.** los Estados, **ii.** Las Organizaciones intergubernamentales, internacionales, regionales y subregionales, **iii.** Las Corporaciones Públicas y Privadas, con inclusión de las transna-

142 Busch Venthur (2012). 45.

cionales, iv. Otras Entidades de la sociedad civil, v. los pueblos, las comunidades, y las personas consideradas de un modo colectivo. La cuestión es importante no solo porque debemos resolver quienes son aquellos a los que un deber impone un comportamiento (activo u omisivo), sino porque también buscando una amplitud de titulares podemos volver a caer en el no deseado efecto de licuar la responsabilidad individual de las personas. Además los deberes del Estado aparecen desde ya fuertemente visibilizados y positivizados tanto a nivel internacional (tanto en Tratados Internacionales como en las numerosas normas de "soft law" que produce la comunidad internacional organizada), como a nivel del derecho nacional de los distintos Estados, a partir de los derechos humanos de segunda y tercera generación, o si se prefiere evitar la tesis generacional, a partir del constitucionalismo social o a partir de la irrupción del Estado Bienestar.

La correlatividad de los derechos y deberes humanos nos lleva a pensar a los deberes en cabeza de las personas individuales, centro de dignidad a partir del cual encontramos su fundamento y razón de ser. Asimismo, la mayoría de los documentos analizados como antecedentes también han mantenido una tradición en la misma idea. El Dr. Edgardo Ettlin opta por excluir a los Estados de la noción de deberes humanos pues considera que los deberes humanos o fundamentales parten desde las personas.[143] Es indudable que esta posición percibe algo fundamental, y es que la gran invisibilidad de deberes corresponde a los que se ponen en cabeza de los individuos. Sin embargo los distintos documentos de Derechos Humanos asignan deberes a los Estados, y a partir de un concepto que implica considerar como deberes humanos a aquellos que tengan una autonomía respecto del bien jurídico que se pretende servir, consideraré al Estado como protagonista de ciertos deberes humanos muy específicos.

Por tanto, son titulares de deberes humanos las personas individuales, grupos sociales y los Estados.

d. <u>Estatus</u>: como Deberes Humanos reconocidos en el Derecho Internacional deberían gozar del mismo estatus que los Derechos Humanos.[144]

143 Ettlin (2013). 3.

144 Es conveniente recomendar la lectura de los brillantes trabajos del Dr. Ettlin, los que pueden ser ubicados a partir de la bibliografía.

e. Correlatividad: hay una innegable e importantísima relación entre derechos humanos y deberes humanos, lo que no impide que consideremos a estos últimos como una categoría autónoma[145] que pueda tener además la doble función de ser límite a la vez que promotor de derechos, justificando así cierta correlatividad entre ambos. También percibo como un error que contribuye al ocultamiento de los deberes si, en miras de la correlatividad, pensamos a los deberes como solo la otra cara de la misma moneda en una mera función de instrumentalidad respecto de los derechos. Esa otra cara de la moneda ha terminado al ser la cara "oculta" de la luna, la que nunca se ve. Quizás deba agregarse a este análisis que hay situaciones en las que a la vez puede hablarse de Deber-Derecho, y si tal aclaración es necesaria, sin dudas es porque se las considera autónomas, de lo contrario, si a cada derecho corresponde un deber, sería innecesaria tal caracterización. Por ejemplo el voto en los países en los que es obligatorio se considera un deber-derecho, lo que no sucede en los países en los que es optativo, en los que se lo considera solo un derecho. Es interesante aportar el comentario del Dr. Edgardo Ettlin quien recuerda que la relación entre deberes y derechos debe encontrar un justo medio, es decir, un equilibrio de contrapeso que los ponga en igual, toda vez que las posiciones que se basan en un fuerte acento de unos u otros terminan desnaturalizando al Derecho.

f. Características de los deberes humanos: a partir de su conceptualización, sería interesante poder encontrar algunas características que pueden serles atribuidas y sirvan para ir delineando con un poco de mayor precisión el objeto de estudio.

Universales: los Estados y personas o grupos que estas componen están obligados por igual al cumplimiento de los deberes humanos. Es cierto que si bien esta característica se refiere a deberes negativos parece ser fácilmente atribuible, cuando nos adentramos a los deberes positivos ya se presentan de otra manera, pero la universalidad admite categorías de obligados iguales de acuerdo al deber que se trate, sin excepciones.

Protegen la dignidad humana: la universalidad se conecta indudablemente con la característica de ser protectorios de la dignidad de la persona, la dignidad humana es el bien al que sirven

145 Pedra (2014). 18.

los deberes humanos y atender a la satisfacción de las necesidades inherentes al desarrollo pleno del ser humano.

De Interpretación Restrictiva: al mandar conductas, la inteligencia del alcance del mandato debe ser entendido de un modo restrictivo, no pudiéndose ampliar el deber a situaciones similares ni por analogía o extensión interpretativa. A su vez nunca un deber debería utilizarse para restringir alterando la naturaleza de derechos humanos.

Indeclinables: los deberes no admiten excusaciones, de ahí la universalidad, todos estamos obligados sin excepción ni renuncias.

Imprescriptibles: el paso de tiempo no afecta la exigibilidad de los deberes, que se mantienen incólumes demandando su satisfacción.

Interdependientes: el cumplimiento de un deber no exime del cumplimiento de otros, a la vez la satisfacción de un deber sin duda promueve como círculo virtuoso el cumplimiento de otros deberes, facilitándolos. Por contrario el incumplimiento de un deber afecta no solo el bien protegido sino desfavorece el cumplimiento de otros deberes.

Irrevocables: no se ha de retroceder, la tarea de visibilización de los mismos es ardua y los deberes reconocidos no admiten su suspensión o eliminación.

g. Destinatarios de los Deberes Humanos: esta cuestión está muy relacionada con el contenido de los deberes. Los deberes humanos son hacia: a. La Comunidad, sea internacional, nacional o local (en este ítem incluimos todas las instancias asociativas de la sociedad, sean gubernamentales o no; b. Otras personas humanas (voy a incluir en este ítem a la familia); c. Uno mismo.

h. *Contenido* de los deberes humanos. aprovecharé la división realizada en el punto anterior para anotar ciertos contenidos de deberes humanos. Utilizaré para esto una formulación abierta, de alto grado de abstracción que permita luego, en otros trabajos y contextos, un desarrollo de concreción. Asimismo prefiero enumeraciones concisas que las profusamente detalladas. Veamos.

i. Deberes del Estado

Deber de respetar los derechos y libertades reconocidos a las personas [146]

Deber de garantizar el goce y ejercicio de derechos y libertades reconocidos a las personas. [147]

Deber de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos. [148]

Deber de investigar y enjuiciar las violaciones a los Derechos Humanos [149]

ii. Deberes de las Personas.

Deber de participación y respeto de la Comunidad[150]

Deber de convivencia con otros.[151]

Deber de respetar los derechos y libertades de las demás personas[152]

Deberes familiares[153]

Deber de cumplir con la ley y las cargas sociales[154]

Deber de desarrollo personal, cultural y educativo.[155]

Deber de trabajar[156]

---

146 Convención ADH, art. 1.

147 Convención ADH, art. 1.

148 Convención ADH, art. 2.

149 Corte IDH, Velázquez Rodríguez versus Honduras.

150 DUDH, art. 29.1. Pacem in Terris. 31. CAFDHP, art. 27.1

151 DADDH, art. 29. CADH, art. 32.1. Pacem in Terris. 31/34. CAFDHP, art. 27.2-3

152 DADDH, art. 29. Pacem in Terris. 30/34. CAFDHP, art. 27.2-3.

153 DADDH, art. 30. CADH, art. 32.1. CAFDHP, art. 27.1.

154 DADDH, art. 33. CADH, art. 32.1.

155 DADDH, art. 31.

156 DADDH, art. 37. CAFDHP, art. 27.6.

Deber de respetar el ecosistema y las generaciones futuras.

La Declaración de Valencia de 1998 ha detallado un contenido pormenorizado de deberes y obligaciones humanos. Si bien la enumeración es extensa, el hecho que por primera vez se definiera de manera pormenorizada, el contenido de los deberes humanos es un jalón de enorme importancia, por lo que transcribirlos es necesario. Los deberes analizados por la declaración son: *El deber y la responsabilidad de la protección de la vida y a lograr la supervivencia tanto de las generaciones actuales como de las futuras. La obligación y responsabilidad de promover la seguridad colectiva y la cultura de la paz. La obligación de promover el desarme en interés de la paz. La obligación de intervenir para impedir graves violaciones de los derechos humanos. La obligación y la responsabilidad de respetar el derecho humanitario internacional en tiempos de conflictos armados. El deber y la responsabilidad de la ayuda humanitaria y la intervención. La obligación y la responsabilidad de proteger y promover un medio ambiente seguro, estable y sano. La obligación y la responsabilidad de promover un orden internacional equitativo. El deber de aliviar la deuda usurera. El deber y la responsabilidad de promover un desarrollo científico y tecnológico seguro, responsable y equitativo. Los deberes y responsabilidades de las corporaciones públicas y del sector privado. El deber y la responsabilidad de impedir y castigar el crimen internacional organizado. La obligación y la responsabilidad de erradicar la corrupción y establecer una sociedad ética. El deber y la responsabilidad de conseguir una participación significativa en los asuntos públicos. La obligación y la responsabilidad de respetar y asegurar la libertad de opinión, de expresión y de los medios de comunicación. Deberes y responsabilidades referentes a las tecnologías de la información y de las comunicaciones. La obligación y la responsabilidad de respetar y asegurar la libertad de reunión y de asociación. El deber y la responsabilidad de respetar y asegurar la libertad de religión, creencias y conciencia. El deber y la responsabilidad de respetar y asegurar la integridad física y personal. El deber y la responsabilidad de respetar y asegurar el derecho a la libertad personal y a la seguridad física. La obligación y la responsabilidad de prohibir e impedir la esclavitud y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud. El deber y la responsabilidad de respetar y asegurar la ausencia de tortura, de tratos o castigos crueles, inhumanos y degradantes. El deber y la responsabilidad de prevenir y erradicar las desapariciones forzosas La obligación de respetar y asegurar un trato igual y la no discriminación El deber y la responsabilidad de respetar y asegurar la igualdad. La obligación y la responsabilidad de asegurar la igualdad racial y religiosa. El deber y la responsabilidad de asegurar la igualdad de sexo y de género. El deber y la responsabilidad de*

asegurar la igualdad de las personas discapacitadas. El deber y la responsabilidad de respetar y proteger los derechos de las minorías. El derecho y la responsabilidad de respetar, proteger y promover los derechos de los pueblos indígenas. La obligación y la responsabilidad de respetar, proteger y promover los derechos de los niños. El deber y la responsabilidad de promover y hacer que se realicen los derechos y el bienestar de los ancianos. El deber y la responsabilidad de promover el derecho a un trabajo justamente remunerado. El deber y la responsabilidad de promover la calidad de vida y un nivel de vida adecuado. El deber y la responsabilidad de promover y aplicar el derecho a la educación. El deber y la responsabilidad de fomentar las artes y la cultura. El deber y la responsabilidad de prever y aplicar recursos efectivos. El deber de observar y poner en práctica la Declaración de Responsabilidades y Deberes Humanos.

5. CONCLUSIONES

El objetivo del trabajo ha sido brindar al lector una introducción de los matices más importantes de la cuestión de los deberes humanos

Su comprensión es clave para poder entender la situación actual de las violaciones a la dignidad de las personas que aun hoy día vemos con tan solo informarnos. El diagnóstico es coincidente, a pesar del desarrollo de los derechos humanos la realidad indica que no son respetados. Es que hay situaciones en las que las respuestas del Estado o las asociaciones intermedias no son suficientes, se requiere un cambio de mentalidad por la cual las propias personas, los individuos, participen activamente en la modificación de la realidad y para esto cambiar el paradigma de la supremacía absoluta de los derechos subjetivos con una desconsideración total respecto de los deberes parece una de las posibles soluciones. La expansión de los reclamos de reconocimiento de derechos subjetivos de la posmodernidad produjo una banalización de los derechos, es que si todos son derechos humanos, estos se terminan difuminando al no poder ser reconocidos en su importancia, desapercibidos, quizás como la buscada carta robada de Edgar Allan Poe que no se reconoce entre muchas otras, pese a estar a la vista, al parecer todas iguales.[157]

Delimitar los deberes jurídicos de los morales y los éticos tampoco parece ser tan sencillo, como quizás tampoco lo es ponernos de acuerdo

157 "La Carta Robada", de Edgar Allan Poe (1844).

en qué es el derecho. Distinguir los deberes humanos de los fundamentales, o constitucionales también parece una tarea a precisar. La noción de deberes positivos y negativos no solo es importante para la ética y el deber de ayuda, es sin dudas una herramienta vital para entender la realización de los derechos económicos, sociales y culturales y su progresividad, así como los deberes emergentes de las cláusulas programáticas.

La invisibilidad de los deberes es un hecho, por cada trabajo sobre deberes hay miles sobre derechos, pero eso es solo un síntoma, lo cierto es que el paradigma del derecho subjetivo explica la situación. No obstante los deberes en cabeza del Estado no parecen estar ocultos, la falta de visibilidad se hace patente en la cuestión de los deberes individuales y es por eso que pongo en titularidad de los deberes humanos a las personas, al individuo que si solo reclama facultades y reconocimientos, nunca asumirá que tiene un papel importante que jugar en la convivencia social, en asumirse dentro de una ética del encuentro con el otro donde el otro, su rostro como explica Levinas, me demanda reconocimiento. Recuerda Felix García Moriyón que "Ante la presencia de otros seres humanos, nos sentimos interpelados por su dignidad inalienable, descubrimos al mismo tiempo el derecho a que me respeten y el deber de respetarlos, ambos inseparables hasta el punto que olvidar uno de ellos supone inmediatamente la imposibilidad de construir una sociedad solidaria, pasando a malvivir con unas relaciones de dominación y explotación".[158] Quizás esta mirada ética pueda ayudarnos a recuperar la centralidad que los deberes tienen que recuperar.

La invisibilidad de los deberes alcanza una especial profundidad en cuanto a los deberes que corresponden a las personas individuales. Respecto de los deberes estatales existe un desarrollo vinculado a los derechos de segunda generación que les impone al Estado fuertes deberes de cumplimiento positivo.

Las caracterizaciones de los Deberes Humanos son una propuesta, su concepto, características, clasificaciones las he realizado a fin de esbozar su idea, y como todo boceto, debe precisar.

En 2018 se cumplirán aniversarios, tanto de la DUDH, como de la DV, será imperioso recuperar el diálogo sobre los deberes, para discutirlos, para hacer visibles, pero sobre todo para asumirlos, al fin y al

158 García Moriyón (1998). 95.

cabo, el incorporarlos a las declaraciones no es más que un paso hacia un fin, el respeto universal de la dignidad del hombre a partir de una decisión personal que quizás, como los propios deberes humanos, sea una tarea pendiente.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aristóteles (2007). *Política*. Alianza Editorial. Buenos Aires.

Bandieri, L. (2011) Derechos Fundamentales ¿Y Deberes Fundamentales? en *Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais*, Editora JusPodium, Salvador, consultado en https://www.academia.edu/9075725/_Derechos_fudamentales_y_deberes_fundamentales_

Bayón, J. (1986). *Los deberes positivos Generales y la determinación de sus límites (observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdes),* Rev. Doxa – 1986, n° 3, consultado en http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10965

Busch Venthur, T. (2012). Deberes Constitucionales, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social, nº 30*, Ponencias en Valparaíso II, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. Consultado en: http://filosofiajuridica.cl/wp-content/uploads/2015/02/2012-3-busch.pdf

Carbonell, M. (2009). *El momento fundacional de los Derechos. Notas sobre la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789,* consultado en https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/5206/4532

Cicerón, M. (2001). *Sobre los deberes*. Alianza Editorial SA, Madrid.

Colomer Segura, A. (2012). Una aproximación a los deberes positivos desde la Doctrina del Buen Samaritano, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho; No 26*; 42-56. Universitat de Valencia, en http://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/1844

Contreras Pelaez, F. y Perez Luño, A. (2009). Michel Villey y España, *Rev. Droit et Société, nº 71*. 47-68. Consultado en https://es.scribd.com/doc/149520863/villey

Daros, W. (2013). *La invisibilización de los Deberes Humanos Universales*. Enfoques. 2013, XXV, nº 2, consultado en https://williamdaros.files.wordpress.com/2009/08/la-invisibilizacic3b3n-de-los-deberes-humanos-huniversales.pdf

Díaz Revorio, F. (2011). *Derechos Humanos y Deberes Fundamentales. Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución Española de 1978*. Re. IUS, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, Año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011.

Escobar Rozas, F. (1999). Algunas cuestiones fundamentales sobre el deber jurídico. *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 52, PUCP, consultado en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6406

Ettlin, E. (2013). *Una Teoría General sobre los Deberes Humanos*. https://www.academia.edu/7410958/LOS_DEBERES_HUMANOS?auto=download

Fernández, E. (1984). Teoría de la justicia y derechos humanos. Editorial Debate. Madrid, 1984. 79. Referenciado en "*Por qué tenemos Derechos Humanos*", Antonieta Reyes Prado consultado en http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22848.pdf

Foucault, M. (2003). *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Gedisa, Barcelona.

García Moriyón, F. (1998) *Los derechos humanos a lo claro*. Editorial Popular, en http://www.amnistiacatalunya.org/edu/2/dh/dh-der-deberes-moriyon.html

Garzón Valdés, E (1986). Los Deberes Positivos Generales y su fundamentación, *Rev. Doxa* – 1986, n° 3, consultado en http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10965

Goldschmidt, W. (1978). *Introducción Filosófica al Derecho. La Teoría Trialista del Mundo Jurídico y sus horizontes*. 6º Edición, Depalma, Buenos Aires.

González Faus, J. (2002) *¿Por qué fallan las revoluciones?*, en diario "La Vanguardia" del 27-2-02, editado en Barcelona, consultado en

http://www.amnistiacatalunya.org/edu/2/dh/dh-der-deberes-gonzalezfaus.html

Juan XXIII (1963). *Pacem in Terris,* consultado en http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html#_ftnref7

Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho,* Ed. Eudeba, Buenos Aires.

Lipovetsky, G. (1994). *El crepúsculo del deber (La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos).* Ed. Anagrama, Barcelona.

Maino, C. (2011). Derechos fundamentales y la necesidad de recuperar los deberes, en *Direitos, deveres e garantías fundamentais,* Coords. George S. Leite, Ingo W. Sarlet y Miguel Carbonell, Ed. Jus Podium, Salvador de Bahía.

Massini Correas, C. (2005). *Filosofía del Derecho,* t. 1, Ed. Nexis Lexis Argentina, Buenos Aires.

Massini Correas, C. (2010). Derechos Humanos y bienes humanos. Consideraciones preciso-valorativas a partir de las ideas de John Finnis. *Rev. Metafísica y Persona. Filosofía, conocimiento y vida.* Año 2, Enero-Junio 2010, núm. 3. Univ. De Málaga – UPAEP. Consultado en http://metyper.com/wp-content/uploads/2014/12/MYP_R3_A7_WEB.pdf

Moisset de Espanés, L. (1966). Los deberes morales y las obligaciones naturales. *Cuaderno del Instituto de Derecho Civil de Córdoba,* nº 99, consultado en http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/los-deberes-morales-y-las-obligaciones-naturales

Oraá, J. (1998). Artículo 29. Los deberes en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en *La Declaración Universal de los Derechos Humanos, Comentario artículo por artículo,* Asociación para las Naciones Unidas en España, Editorial Icaria, Barcelona.

Oraá, J. (2004). La Declaración Universal de Derechos Humanos, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI,* Universidad de Deusto Bilbao, consultado en http://www.corteidh.or.cr/tablas/27570.pdf

Palombella, G. (2007). De los derechos y su relación con los deberes y los fines comunes, en *Rev. Derechos y Libertades núm. 17*, Época II, junio 2007, Universidad de Parma.

Pedra, A. (2014). Los Deberes de las Personas y la realización de los Derechos Fundamentales, en *Rev. Estudios Constitucionales,* año 12, núm. 2, Universidad de Talca.

Peces-Barba, G. (1987). Los deberes Fundamentales. *Rev. Doxa n° 4* - 1987, consultado en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10915/1/Doxa4_19.pdf

Recaséns Siches, L. (2000). *Vida Humana, Sociedad y Derecho. Fundamentación de la Filosofía del Derecho,* Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, Alicante; consultado en http://www.cervantesvirtual.com/obra/vida-humana-sociedad-y-derecho-fundamentacion-de-la-filosofia-del-derecho--0/

Revault D´Allonnes, M. (2010). *Lo que el hombre hace al hombre. Ensayo sobre el mal político.* Amorrortu editores, Buenos Aires.

Spector, H. (2001). La filosofía de los Derechos Humanos. *Rev. Isonomia, núm. 15.*

Sófocles (2001). *Antígona.* Pehuén Editores. Consultado en http://assets.una.edu.ar/files/file/artes-dramaticas/2016/2016-ad-una-cino-antigona-sofocles.pdf

Weil, S. (2000). *Raíces del Existir.* Editorial Sudamericana, Buenos Aires.

Documentos

CADH – PSJCR. Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica. (1969)

CAFDHP – Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos – Carta de Banjul. (1981)

CC OEA. Carta Constitutiva de la Organización de Estados Americanos. (1948)

CC ONU. Carta Constitutiva de la Organización de las Naciones Unidas. (1945)

CDFUE – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (2007).

DADDH. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (1948)

DDRH – DV. Declaración de Deberes y Responsabilidades del Hombre – Declaración de Valencia. (1998)

DUDH. Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

Recibido: 20/12/2017

Aceptado: 24/05/2018

Dr. Emilio Germán Ardiani Alvariza, Mgtr.: Profesor de Derecho Constitucional y Ética Profesional, UCEL (Argentina).

Correo electrónico: emilioardiani@gmail.com

Derecho Hodierno: Utilidad del Deductivismo en la Praxis orientada al Ideal Eficaz

Hodiernal Right: Deductivism Utility in the Praxis aims to the Efficacious Ideal

Valeria Freire Yacelga
Investigadora Jurídica, TAXFIRM

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 3, 2018, pp. 199-213, ISSN 2588-0837

RESUMEN: a través del documento se identifica si el deductivismo es o no útil en el ejercicio empírico del derecho hodierno, que, pretende alcanzar la mayor eficacia posible. Se determina la relevancia del análisis económico, porque los juristas desarrollan procesos de razonamiento como la deducción, con incidencia de aspectos exógenos como la economía, y su eficacia está ligada a ellos. Se concluye que la deducción es útil en la praxis del derecho hodierno, porque permite contrastar, comparar y extraer esencialidades de toda información sensopercibida, pero, también se requiere de otros recursos racionales que se complementan y proporcionan una noción predictiva e incrementan el nivel de eficacia normativa.

PALABRAS CLAVES: derecho, hodierno, economía, deductivismo, eficacia.

ABSTRACT: through the document, it is identified if the deductivism is useful or not in the empirical exercise of hodiernal right, which aims to achieve the maximum efficacy. It is determined the relevance of economic analysis, in the reason of, jurists develop reasoning processes like deduction, with an incidence of exogenous aspects such as economy, and its effectiveness is linked to those. It is concluded that the deduction is useful in the praxis of hodiernal right, because it allows contrast, compare and extract essentialities of all information, but also requires other rational resources that complement and provide a predictive notion and increase the level of effectiveness normative.

KEY WORDS: hodiernal, right, economy, deductivism, efficacy.

INTRODUCCIÓN

Los seres humanos en esencia poseen como caracteres inherentes la conducta y el raciocinio. De esta manera, el derecho hodierno como el cúmulo de normas que regulan la conducta humana hoy en día, y el deductivismo como un método de conocimiento basado en la lógica, son dos aspectos que se complementan en la cotidianidad de los juristas, pues permiten una regulación adecuada, pero sobre todo un desarrollo de las potencialidades críticas humanas, basadas en conceptos y normas que constituyen referentes del "deber ser", pero, que trascienden la mera interpretación textual, debido a que los juristas extraen lo que según su sana crítica consideran adecuado para generar nuevas ideas que pueden llegar a constituir normativa jurídica o fundamentos para argüir la postura propia respecto de un caso, tanto al litigar como al redactar.

El hombre es el producto de la cohesión entre el ámbito psíquico y el aspecto somático, por consiguiente, se desarrollan procesos cognitivos en su mente. Entre el desempeño de actividades basadas en el razonamiento, se encuentra el deductivismo, que constituye una herramienta base para la construcción de ideas y conocimiento. Sin embargo, la deducción se limita a la extracción de esencialidades provistas de premisas previamente planteadas, por lo que resulta necesaria la utilización de otros métodos de conocimiento para poder ejercer de la manera más óptima posible. Entonces, surge la dubitación respecto de ¿El deductivismo es útil o no útil en el ejercicio empírico del Derecho que constantemente pretende alcanzar la mayor eficacia posible?

Consecuentemente, el documento tiene el objetivo de identificar si el deductivismo es o no útil en el ejercicio empírico del derecho que constantemente pretende alcanzar la mayor eficacia posible. Por consiguiente, en la primera sección del trabajo, se identifica la incidencia e importancia de la deducción en la emisión crítica de interpretaciones jurídicas de las normas y en la toma de decisiones por parte de los juristas; en la segunda sección, se determina de la relevancia que presenta el análisis económico en la eficacia jurídica a base de la propuesta de (Fraga, 2016); y en la tercera sección, se establece una relación entre la deducción y la eficiencia en la cotidianeidad de los agentes.

1. INCIDENCIA E IMPORTANCIA DE LA DEDUCCIÓN EN LA EMISIÓN DE INTERPRETACIONES JURÍDICAS DE LAS NORMAS Y EN LA TOMA DE DECISIONES POR PARTE DE LOS JURISTAS

Los juristas, constantemente deben desenvolverse en diversos escenarios jurídicos (físicos), incluidas las salas de audiencia donde acuden a litigar, las oficinas donde deben redactar documentos legales, entre otros. Sin embargo, los escenarios jurídicos, no se reducen al espacio físico en el que desempeñan acciones los agentes de derecho, porque los juristas también se ven expuestos a escenarios hipotéticos que permiten deducir, inferir, comparar, básicamente idealizar una situación determinada que permite al abogado codificar en su mente una noción respecto de una situación de la que no necesariamente fue testigo, pero que le proveerá la base de la cual partirá para ejercer su profesión aplicada en un caso particular.

De este modo, la interpretación crítica de los juristas resulta indispensable al momento de desenvolverse en los distintos escenarios jurídicos, tanto físicos como hipotéticos. Entonces, es ineludible el desarrollo de procesos cognitivos de razonamiento como la deducción, que mediante la percepción de una o más ideas, genera una nueva idea con la pretensión de incrementar el nivel de certeza de la premisa y así poder impartir justicia o promover el acontecimiento de un acto justo.

Igualmente, existen autores que destacan la importancia del deductivismo, no solo en el ámbito jurídico, sino en todas las áreas, en la vida misma, como se evidencia al señalar que:

> *"Según este paradigma –también llamado de consecuencia deductiva lógica– ha de presentarse una serie de características para que una consecuencia sea efectivamente lógica, como por ejemplo, la monotonía: una deducción es irrefutable pues sus premisas no admiten adición de información"* (Cordero, 2009).

Pero, se considera que es antagónico e incluso incoherente indicar que las premisas no admitan adición de información, porque si aquella afirmación fuera certera, no existiría una deducción propiamente dicha, sino una simple reproducción o repetición de lo planteado, puesto que el simple hecho de deducir implica una añadidura propia basada en la sana crítica (en este caso del jurista).

Una ejemplificación pertinente a realizar, es el caso (hipotético) en que una señorita agrede físicamente a un anciano y le profiere golpes con fuerza abrupta hasta provocarle heridas graves. Si la supuesta víctima acude a fiscalía para denunciar el delito de intento de homicidio, le comenta su versión a fiscalía y fiscalía se limita a interpretar superficialmente lo percibido mediante aquel testimonio, iniciará el debido proceso sin tener una teoría del caso sólidamente sustentada, porque no dedujo en absoluto las posibles causas por las que la joven mantuvo ese comportamiento.

De la misma forma, sería sumamente injusto si el juez acepta ese testimonio y concede la razón al anciano porque presupone que, si la chica no acude voluntariamente a proporcionar su versión, es porque no quiere, porque no tiene razón, porque la razón solamente tiene aquel que acude ante el juez. Por consiguiente, es indispensable la añadidura de información a las premisas provistas, como en este caso, que en realidad la señorita actuó en legítima defensa al procurar evitar ser violada por el anciano, las versiones de ambas partes, los informes peritales, los testimonios, etc. La adición de información a base del criterio propio, puede generarse mediante el deductivismo, porque el conocimiento de los juristas adquirido tanto empírica como académicamente, tienen injerencia en dicho proceso.

Existen varias opciones para los agentes de derecho al momento de escoger el método e base del cual procederán, pero para el autor, el deductivismo es la alternativa que se utiliza con mayor asiduidad al momento de resolver casos, porque es necesario que se motive, justifique, razone y aplique adecuadamente sus saberes.

Es importante enfatizar que no solo el deductivismo importa en la emisión crítica de interpretaciones jurídicas de las normas y en la toma de decisiones por parte de los juristas; sino la lógica en su conjunto, porque el deductivismo, forma parte de la lógica, pero la lógica no es solo deductivismo, también existen otros recursos como la inferencia, analogía, entre otros. Entonces, se considera que la lógica jurídica es indispensable, aunque teleológicamente, pretende establecer conceptos universales para determinar reglas universalmente inteligibles; incluso podría señalarse que esa finalidad de la lógica es el intento de sustentar concepción del Derecho como una ciencia, porque utiliza los siguientes silogismos:

1. Toda norma jurídica está compuesta por conceptos.

Los conceptos jurídicos tienen un significado respectivo que es único y universal.

Por lo tanto, Toda norma jurídica tiene un significado respectivo que es único y universal.

2. Toda ciencia tiene un significado respectivo que es único y universal.

Toda norma jurídica tiene un significado respectivo que es único y universal.

Entonces, toda norma jurídica es parte de una ciencia.

Así se demuestra la carente sustentación por parte de algunos autores que conciben al Derecho como ciencia, como por ejemplo García (2011) quien sostiene que: *"En primer término, se señala que es de por sí equívoco individualizar con la misma palabra ("derecho") tanto al objeto de estudio (el derecho) como al estudio del objeto (es decir la ciencia)"*. Pero adoptar las ideas planteadas anteriormente, sería erróneo porque el derecho no puede considerarse como una ciencia, mucho menos el derecho hodierno. En la actualidad el Derecho depende de la lógica jurídica para su ejercicio empírico, pero no para imputarse como una ciencia.

Por consiguiente, se identifica que la deducción tiene mucha incidencia e importancia en la emisión crítica de interpretaciones jurídicas de las normas y en la toma de decisiones por parte de los juristas. Esto se debe a que el razonamiento de los abogados ineludiblemente les incita a deducir a base de escenarios jurídicos hipotéticos a los que pretenden respaldar o contrarrestar con la norma jurídica que según su sana crítica consideren pertinente.

2. DETERMINACIÓN DE LA RELEVANCIA QUE PRESENTA EL ANÁLISIS ECONÓMICO EN LA EFICACIA JURÍDICA A BASE DE LA PROPUESTA DE FRAGA (2016)

Los juristas tienen injerencia exógena de factores que constituyen su contexto, pues el entorno político, económico, social y cultural en que se desenvuelven los abogados, consciente e inconscientemente influyen en su proceder como seres humanos pero también como profesionales, porque existe un proceso de alienación social que resulta ineludible para todas las personas indistintamente de la profesion que ejerzan.

La economía, además de incidir en el proceder de los juristas, también es la base para evidenciar lo eficaz que puede o no ser una norma. De esta manera Fraga (2016) destaca la relación entre la economía y la norma jurídica y señalan:

> *"El análisis económico contiene herramientas fundamentales para entender el comportamiento práctico de las instituciones jurídicas. Sin embargo, el análisis económico del derecho en su vertiente más tradicional, estaría trasladando al derecho los fallos metodológicos de la economía neoclásica."*

Según este autor, el comportamiento práctico de las instituciones, es decir el desempeño de funciones de los órganos estatales, resulta inteligible desde la perspectiva económica porque permanentemente existe un trasfondo de índole económica, ya sea con tendencia de economía estatal o incluso intereses particulares de las máximas autoridades de esas instituciones. Es por esto que se afirma que mientras mejor economía exista en un país, mejor es la norma porque su eficacia es superior.

> *"El titular de derechos que administra individualmente sus derechos debe enfrentar todos los costos de manera individual, es decir, no está en la capacidad de agruparlos. Las negociaciones debe efectuarlas individualmente con cada uno de los usuarios potenciales de su obra. Esto implica tanto costos como riesgos jurídicos elevados para el titular de derechos"* (Pérez, 2016).

Pérez, además, relaciona la economía al Derecho, en una propuesta sumamente distinta, porque hace referencia a los costos y riesgos jurídicos que implica administrar derechos de manera individual, que a su vez genera consecuencias a las que debe atenerse uno por uno. Sin embargo, esta postura, a pesar de no ser precisamente afín a la rela-

ción que se trata en este documento, permite tener noción de otros puntos de vista en cuanto a la relación entre la normativa jurídica y la economía, al detonar su amplio alcance.

Pero, es importante recalcar que no solo el Derecho está influenciado por la economía, porque también el Derecho incide en la economía; es decir, existe injerencia mutua entre el Derecho y la economía. Es así como ciertos autores identifican la incidencia del Derecho en el ámbito económico y social al señalar:

> *"Desde un punto de vista jurídico, el juez es el aplicador e intérprete por excelencia, el encargado de convertir la ley en realidad. De esto se desprende claramente su responsabilidad en el funcionamiento del sistema económico y social. Sin embargo, debemos indicar que el juez, como cualquier individuo, también debe afrontar distorsiones cognitivas que podrían generar limitaciones en su actividad"* (Méndez Reátegui, 2015).

Entonces, a base de la propuesta de Fraga se determina que la relevancia que presenta el análisis económico en la eficacia dinámica jurídica, es sumamente alta, porque la consecución de eficacia dinámica está orientada por los datos económicos que reflejan la óptima aplicación de la normativa jurídica. El Derecho y la economía son dos pilares de la sociedad, porque esta dualidad permite a las personas desenvolverse con recursos suficientes, pero con regulaciones que precautelan el orden social y la defensa de los derechos fundamentales que implican obligaciones imprescindibles. El Derecho es una construcción social, la sociedad tiene injerencia de la cultura, la cultura se moldea simultáneamente con la economía.

3. ESTABLECIMIENTO DE UNA RELACIÓN ENTRE LA DEDUCCIÓN Y LA EFICIENCIA AXIOLÓGICAMENTE ECONÓMICA EN LA COTIDIANEIDAD DE LOS AGENTES

En primer lugar, es necesario aclarar el concepto de <<eficiencia axiológicamente económica>> y el motivo por el que se utiliza esa triada léxica. La eficiencia, desde esta perspectiva, se considera que la eficiencia es relativa e incluso subjetiva, puesto que la percepción de cada sociedad o individuo racional, varía respecto de lo que considere como eficiente o no, influenciado por sus propios preceptos. Sin embargo, la eficiencia, indistintamente de su relatividad, puede

"medirse" de distintas formas en diversos aspectos de los seres humanos, como en su ámbito sociológico, cuando el orden de la sociedad es el óptimo, podría decirse que las medidas implementadas fueron eficientes; también en lo fisiológico, cuando las enfermedades controlables casi no tienen presencia en la sociedad en que se regulo de mejor manera todo lo relacionado a la salud; entre otros aspectos que permiten valorar cuan eficiente es la normativa jurídica.

> *"La eficiencia es un componente de la idea de justicia, pero no es el único criterio de justicia. Difícilmente podríamos calificar de justo un sistema totalmente ineficiente o una sociedad que despilfarra recursos que cubren necesidades básicas. Pero los criterios de eficiencia no son los únicos a tomar en cuenta para calificar un sistema como justo. Junto a la eficiencia, los derechos y objetivos colectivos ocupan un lugar sumamente importante. Un sistema institucional imprevisible e inseguro no puede ser calificado como justo. Pero un sistema muy ineficiente tampoco"* (Calsamiglia, 1987).

La eficiencia constantemente se determina a base de valores, esos valores considerados como parámetros referenciales del ideal, pueden ser provistos por diferentes áreas, incluido el aspecto económico de la sociedad en que se pretende identificar cuan efectiva resulta una norma jurídica. Los valores son el objeto de estudio de la axiología, pero en este caso los valores son de índole económica. Es por este motivo que se parte del concepto de <<eficiencia axiológicamente económica>>.

En cambio, en cuanto a la eficacia del Derecho, un autor señala que:

> *"La aptitud del Derecho para desencadenar las transformaciones que se esperan de la vigencia de sus normas, depende de la dosis de voluntad y de interés con que el poder público las hace cumplir y consuma satisfactoriamente sus efectos. El poder que así actúa, se conduce al modo de un poder-función que —al contrario de la desnudez del poderfuerza-física o de la compulsión desmedida que refleja su rostro diabólico— persigue objetivos morales y sociales, cuyo alcance y conservación prueban su eficacia, y se caracteriza por la tenacidad con que va en busca de ellos y por la energía con que, una vez logrados, los defiende"* (Ruiz, 1997).

De esta manera, Ruiz destaca la voluntad, interés e incluso fuerza de la administración pública, a los que considera factores claves para la eficiencia del Derecho, porque indica que la mutabilidad basada en la aplicación de la normativa jurídica emitida, depende de esos tres factores.

Además, se considera que las normas y reglas de Derecho, son parte de un ordenamiento jurídico vigente en un determinado estado (aunque pueden existir ordenamientos casi idénticos). El estado en que se aplica la normativa jurídica emitida a través de la función legislativa del Estado, por parte de los agentes de Derecho en función del bienestar de los principales; consta de cuatro aspectos que se relacionan de manera simbiótica, el económico, jurídico, político y social.

El Estado utiliza la normativa jurídica para regular el comportamiento de la sociedad respecto a la economía y política estatales. Es indispensable recalcar que en la mayoría de ocasiones (por no decir en su totalidad), la efectividad de las reglas de Derecho emitidas se valora a base de la situación económica estatal, como por ejemplo, el ingreso per cápita que permite ponderar monetariamente el estilo de vida de cada ciudadano y consecuentemente el óptimo ejercicio de sus derechos que pretenden precautelar un adecuado estilo de vida para el ser humano.

Existen algunos autores que consideran a la economía como un eje del desarrollo social y consecuentemente del Derecho. Esto se evidencia al mencionar que:

> *"Sin embargo, la política social de este periodo siguió compensando los efectos perniciosos de las estrategias de política económica estatales y nacionales, que permiten la acumulación de capital entre las elites de poder económicas y políticas, pasando por alto los Derechos Económicos, Culturales y Sociales, sin la mínima intención de superar la pobreza. Existe una realidad que no podemos seguir negando, las mediciones de la pobreza lo fundamentan, pero es una realidad cercana a nosotros, observamos indigencia en las calles de las urbes, ausencia de infraestructura social básica, que hace precaria y más complicada la vida de las zonas rurales y algunas todavía son de difícil acceso."* (Maldonado y Guerrero, 2016).

Para estos autores, también, existe una política económica estatal que solapa la hegemonía monetaria por parte de pocas personas que acumulan un poder elitista que, a su vez, obstaculiza la pretensión respecto de erradicar la pobreza. Todos los seres humanos tienen derecho a una vida digna en condiciones adecuadas para potenciar su desarrollo, pero la pobreza es la evidencia que denota la vulneración de los derechos fundamentales de toda persona, porque implícitamente incluye precariedad y un estilo de vida para nada digno.

Del mismo modo, mencionan que los derechos económicos, culturales y sociales son desdeñados en la planificación proyectiva de la oligarquía. Este despojo, puede producir para Fraga, una eficiencia nula de las normas jurídicas emitidas, porque a pesar de su existencia positiva, en el ejercicio, es totalmente lo contrario.

Por lo tanto, se establece una relación imprescindible entre la deducción y la eficiencia axiológicamente económica en la cotidianeidad de los agentes, basada en la indispensabilidad de un proceso cognitivo de razonamiento, como la deducción, que le permita al agente en el ejercicio diario de su profesión, interpretar de manera crítica toda situación que se le presente y actuar a base de su propia iniciativa, al trascender de la mera aplicación de normas percibidas superficialmente.

4. RELEVANCIA QUE PRESENTA TANTO LA PRAXEOLOGÍA COMO EL CONTEXTO DE LOS JURISTAS EN EL DERECHO HODIERNO

Los juristas tienen injerencia exógena de factores que constituyen su contexto, pues el entorno político, económico, social y cultural en que se desenvuelven los abogados, consciente e inconscientemente influyen en su proceder como seres humanos pero también como profesionales, porque existe un proceso de alienación social que resulta ineludible para todas las personas indistintamente de la profesión que ejerzan. Por esta razón, se pretende determinar la relevancia que presenta tanto la praxeología como el contexto de los juristas en el derecho hodierno.

La terminología "derecho hodierno" es acuñada con el objetivo de denotar enfáticamente el escenario temporal en que se concibe al Derecho como una construcción praxeológica, que consiste en la actualidad, hoy en día, contemporáneamente, etc. Esta caracterización es pertinente, puesto que el Derecho en épocas distintas se soslaya a discursos que difieren entre sí según el contexto y consecuentemente el Derecho probablemente en tiempos pretéritos podía considerarse como un sistema más lógico que praxeológico. Sin embargo, hoy por hoy, o mejor dicho, el "Derecho hodierno", se considera mucho más praxeológico que lógico.

La praxeología es un factor primordial, porque en la praxis se expresa por completo la voluntad de los seres humanos, porque para que un su-

jeto pueda crear Derecho, indiscutiblemente debe tener la capacidad de pensar y razonar. Pero, el pensar y el razonar son capacidades que la mayoría de seres humanos poseen de manera potencial; y, la potencia detona en acto solamente cuando el individuo racional, a base de su voluntad y al atravesar experimentaciones vitales, decide optar por desarrollar dichas capacidades y convertirlas en actividades, acciones, sucesos, hechos; porque el Derecho se crea solo cuando "el pensar" y "el razonar" se desarrollan en la realidad, de manera empírica, cuando la persona escoge utilizar sus capacidades para accionar con ayuda de ellas.

El contexto de los juristas, además de incidir en el proceder de los juristas, también es la base para evidenciar lo eficaz que puede o no ser una norma. De esta manera, algunos autores destacan la relación entre el contexto de los juristas y la norma jurídica y señalan:

> *"El titular de derechos que administra individualmente sus derechos debe enfrentar todos los costos de manera individual, es decir, no está en la capacidad de agruparlos. Las negociaciones debe efectuarlas individualmente con cada uno de los usuarios potenciales de su obra. Esto implica tanto costos como riesgos jurídicos elevados para el titular de derechos"* (Pérez, 2016).

Pérez, relaciona el contexto económico de los juristas al Derecho, en una propuesta sumamente distinta, porque hace referencia a los costos y riesgos jurídicos que implica administrar derechos de manera individual, que a su vez genera consecuencias a las que debe atenerse uno por uno.

El Derecho es una construcción social, la sociedad tiene injerencia de la cultura, la cultura se moldea con simultáneamente a el contexto de los juristas. Por eso, se considera que el contexto económico, político, social y cultural es un factor exógeno de los juristas que tiene injerencia en ellos, porque los juristas ante todo, son seres humanos alienados a una determinada sociedad.

El modelo económico, el sistema político y el entorno cultural de una sociedad, inciden de manera directa e ineludible sobre las decisiones de los juristas, porque no será igual un abogado que se desarrolla en una sociedad capitalista, democrática, a un profesional del derecho que se desenvuelve en una sociedad socialista autoritarista.

Por lo tanto, se determina que la relevancia que presenta tanto la praxeología como el contexto de los juristas en el Derecho, es sumamente alta. Hoy por hoy, o mejor dicho, el "Derecho hodierno", se considera como un cúmulo de preceptos normativos mucho más praxeológico que lógico; debido a que, en la praxis se expresa por completo la voluntad de los seres humanos, porque para crear Derecho, obviamente se necesita razonar y pensar, pero para poder pensar se necesita "querer hacer", decidir hacerlo, proponerse hacerlo y finalmente hacerlo gracias a la voluntad y al raciocinio lógico, pero esa expresión de voluntad se somete al contexto del jurista que incide en él al momento de decidirse a pensar, razonar, o no hacerlo. Solo así resulta posible la trascendencia de fases desde el "deber ser" al ser, existir, únicamente de este modo es posible la existencia del Derecho.

5. CONCLUSIONES

Se identifica que la deducción tiene injerencia importante en la emisión crítica de interpretaciones jurídicas de las normas y en la toma de decisiones por parte de los juristas. Esto se debe a que el razonamiento de los abogados ineludiblemente les incita a deducir a base de escenarios jurídicos hipotéticos a los que pretenden respaldar o contrarrestar con la norma jurídica que según su criterio considere pertinente. Se determina que la relevancia que presenta el análisis económico en la eficacia jurídica, es sumamente alta, porque la consecución de eficacia dinámica está orientada por los datos económicos que reflejan la óptima aplicación de la normativa jurídica. El Derecho y la economía son dos pilares de la sociedad, esta dualidad permite a las personas desenvolverse con recursos suficientes, pero con regulaciones que precautelan el orden social y la defensa de los derechos fundamentales que implican obligaciones imprescindibles. El Derecho es una construcción social, la sociedad tiene injerencia de la cultura, la cultura se moldea simultáneamente con la economía.

Se establece una relación imprescindible entre la deducción y la eficiencia axiológicamente económica en la cotidianeidad de los agentes, basada en la indispensabilidad de un proceso cognitivo de razonamiento, como la deducción, que le permita al agente en el ejercicio diario de su profesión, interpretar de manera crítica toda situación que se le presente y actuar a base de su propia iniciativa, al trascender de la mera aplicación de normas percibidas superficialmente.

Se determina que la relevancia que presenta tanto la praxeología como el contexto de los juristas en el Derecho, es sumamente alta. Hoy por hoy, o mejor dicho, el "Derecho hodierno", se considera como un cúmulo de preceptos normativos mucho más praxeológico que lógico; debido a que, en la praxis se expresa por completo la voluntad de los seres humanos, porque para crear Derecho, obviamente se necesita razonar y pensar, pero para poder pensar se necesita "querer hacer", decidir hacerlo, proponerse hacerlo y finalmente hacerlo gracias a la voluntad y al raciocinio lógico, pero esa expresión de voluntad se somete al contexto del jurista que incide en él al momento de decidirse a pensar, razonar, o no hacerlo. Solo así resulta posible la trascendencia de fases desde el "deber ser" al ser, existir, únicamente de este modo es posible la existencia del Derecho.

Por lo tanto, se identifica que el deductivismo es sumamente útil en el ejercicio empírico del derecho hodierno que, constantemente pretende alcanzar la mayor eficacia posible, porque le permite a los juristas determinar una idea propia mediante un proceso de razonamiento basado en la extracción de esencialidades presuntamente verdaderas que, al ser comparadas generan un nivel de certeza mayor al corroborarse entre sí, o a su vez, permiten conocer las falacias cuando son de carácter antagónico. Entonces, la deducción es sumamente útil en la praxis del derecho hodierno, puesto que, permite realizar contrastaciones, comparaciones y extraer aspectos esenciales de toda información percibida sensorialmente; pero, no es suficiente para alcanzar el ideal eficaz de la norma, porque a pesar de su indispensabilidad, se requiere también de recursos racionales como la analogía crítica y la cognición teórica que se complementan entre sí y permiten tener una noción predictiva que simultáneamente incrementa el nivel de eficacia normativa.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Benítez, J. M. (2010). *Lógica, filosofía y educación. La lámpara de Diógenes*, 11(20-21), 175-189. Obtenido de http://www.ldiogenes.buap.mx/

Blancafort, A.C. (1987). Eficiencia y Derecho. (E. Díaz, E. Bulygin, & Fiss Owen, Edits.) *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 21(0214-

8676), 267-281. Obtenido de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=128707

Bullard, A. (2009). La enseñanza del derecho: ¿cofradía o archicofradía?. *Revista sobre enseñanza de derecho*, 1-27.

Carrión, R. (207). Lógica jurídica: sobre el uso de la lógica en el razonamiento justificativo jurídico y la enseñanza del derecho positivo. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* (3), 235-251. Obtenido de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_49.pdf

Casamilga, A. C. (1987). Eficiencia y Derecho. (E. Díaz, E. Bulygin, & Fiss Owen, Edits.) *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho,* 21(0214-8676), 267-281. Obtenido de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=128707

Cordero, J. L. (2009). Lógica Y Sana Crítica. *Revista Chilena de Derecho,* 36 (1), 143 - 164. Obtenido de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372009000100007

Erandi, M. y Hilda, G. (2016). *Aportaciones teóricas para la construcción de una política social.* Obtenido de http://www.economiaysociedad.umich.mx/ojs_ecosoc/index.php/ecosoc/article/view/187/183

Fraga Lo Curto, L. (2016). *Eficiencia dinámica y análisis praxeológico del derecho.* Obtenidohttp://www.academia.edu/12072147/Eficiencia_dina_mica_y_ana_lisis_praxeo_logico_del_derecho

García, S. M. (2011). *El derecho como ciencia*. Invenio, 14(26), 13-38. Obtenido de http://www.ucel.edu.ar/index.php/component/content/article/14-sample-data-articles/238-revista-academica

Méndez Reátegui, R. (2015). Una reflexión jurídico-económica e institucional. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal,* 40(2346-3473). Obtenido de http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/9/html

Moretti, A. (2016). *La lógica y la trama de las cosas. Ideas y Valores*, 65(161), 5-22. Obtenido de http://revistas.unal.edu.co/index.php/idval

Pérez, A. M. (2016). *Análisis económico del derecho de autor. La propiedad Inmaterial* , 45-56. Obtenido de http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/2995/2639

Ruiz, M. M. (1997). *Eficacia y efectividad del derecho.* Estudios de Deusto, 45(0423-4847), 120-124. Obtenido de http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/608/770

Sunstein, C. R. (2012). Análisis Conductual del Derecho. *Revista Advocatus Nueva Época*, 71-86.

Villalibre Fernández, V. (2012). Confluencia del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva con el concepto de «investigación oficial eficaz». Foro. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época(2255-5285), 29-86. Obtenido de http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/39582/38089

Zorzi, J. P. (2005). Razonamiento Jurídico y toma de decisión. Breves notas acerca de la influencia de la racionalidad y la irracionalidad en la decisión judicial. *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 3(1698-7950), 3-22.

Recibido: 08/09/2017

Aceptado: 5/05/2018

Valeria Freire Yacelga: Investigadora Jurídica TAXFIRM

Correo electrónico: valefreire98@hotmail.com

La Retórica Jurídica y el Derecho Penal

Legal Rhetoric and Criminal Law

Dennis Valeria Encalada González
Investigadora Jurídica, Equimacon S.A.

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 3, 2018, pp. 215-235, ISSN 2588-0837

El texto principal se encuentra en italiano

RIASSUNTO: la seguente investigazione ha la finalità di analizzare l'origine del rapporto tra la retorica e il Diritto Penale; di fatto, la retorica o anche chiamata "l'arte della persuasione" dove non è necessaria la scrittura, fu introdotta da Socrate, un importante filosofo e maestro greco vissuto in Atene negli anni 300 a.C.. Si intrinseca con il Diritto Penale poiché il suo materiale normativo non è perfettamente codificato; infatti, la retorica costituisce una sorta di strumento mediante il quale un cittadino può sostenere la sua propria opinione sia nel ambito politico che giudiziario dinanzi, in questo caso, a un processo penale presentando accertamenti del fatto e un'ottima narrazione con il fine di ottenere il consenso della giuria. È di grande interesse menzionare, anche, la importanza di identificare le differenze e uguaglianze tra la retorica e le considerazioni di ordine giuridico; individuare le motivazioni principali per cui il Diritto Penale necessita della retorica per poi confrontarlo con il Diritto Penale ecuadoregno; esaminare le strategie utilizzate "dall'arte della persuasione" per comprovare i benefici e gli svantaggi che apporta nel Diritto Penale; infine, esporre alcune osservazioni per diminuire questa problematica trovando un equilibrio nella pratica della retorica.

PAROLE CHIAVI: retorica, logica, diritto, processo penale, razionalità.

ABSTRACT: the following investigation aims to analyze the origin of the relationship between rhetoric and Criminal Law; in fact, the rhetoric or also called "the art of persuasion" where writing is not necessary, was introduced by Socrates, an important Greek philosopher and teacher who lived in Athens in the 300 BC. It is intrinsic to Criminal

Law since its normative material is not perfectly codified; in fact, rhetoric constitutes a sort of instrument by which a citizen can support his own opinion both in the political and judicial sphere before, in this case, a criminal trial presenting findings of the fact and an excellent narration in order to obtain the jury's consent. It is also of great interest to mention the importance of identifying the differences and equations between rhetoric and legal considerations; identify the main reasons why the Criminal Law requires rhetoric and then compare it with the Ecuadorian Criminal Law; examine the strategies used by "the art of persuasion" to prove the benefits and disadvantages it brings in Criminal Law; finally, to present some observations to reduce this problem finding a balance in the practice of rhetoric.

KEY WORDS: rhetoric, logic, right, criminal process, rationality.

RESUMEN: la siguiente investigación tiene la finalidad de analizar el origen de la relación entre la Retórica y el Derecho Penal; de hecho, la retórica o, también, nombrada "el arte de la persuasión" donde no es necesario la escritura, fue introducida por Sócrates, un importante filósofo y maestro griego subsistido en Atenas en los años 300 A.C. Se relaciona con el Derecho Penal, ya que, su material normativo non está perfectamente codificado; por consiguiente, la retórica constituye un instrumento, mediante el cual un ciudadano puede sustentar su propia opinión sea en el ámbito político que en el judicial frente, en este caso, a un proceso penal presentando acertamientos del hecho y una óptima narración con el fin de obtener el consentimiento del jurado. Es de grande interés mencionar, además, la importancia de identificar las diferencias y semejanzas entre la retórica y las consideraciones de orden jurídico; individuar la motivaciones principales por los cuales el Derecho Penal necesita de la retórica y luego confrontarlo con el Derecho Penal ecuatoriano; examinar las estrategias utilizadas por "el arte de la persuasión" para comprobar los beneficios y las desventajas que alteran el Derecho Penal; en fin, proponer algunas observaciones para disminuir este problema con la finalidad de encontrar un equilibrio en la práctica de la retórica.

PALABRAS CLAVES: retórica, lógica, Derecho, proceso penal, racionalidad.

INTRODUZIONE

[159]Nel Diritto Penale questa forma di oratoria giudiziale è essenziale quando, durante il processo penale, l'accusato cerca di convincere de la sua innocenza dinanzi al giudice e/o la giuria. Codesta relazione ha origini molto antiche, di cui si riconoscono due tappe: Atene Classica (V - VI secolo a.C.) e Antica Roma (II secolo a.C.). Si faranno maggiori accertamenti nelle seguenti pagine grazie ai lavori realizzati in passato da studiosi del Diritto, dei quali, la maggior parte sono italiani giacché la loro giurisdizione deriva direttamente dal Diritto Romano, anche se presenta alcuni cambiamenti; poiché, la retorica ha avuto un ruolo importante nel sistema processuale romano e di conseguenza ha determinato l'ordinamento giuridico di questo paese. Si menzioneranno: Alessandro Traversi, Maurizio Mazin, Carofiglio e Artosi; come si può intuire, sono numerosi gli autori specializzati in questo tema pero, a causa, del poco tempo e poco spazio a disposizione si prenderanno in considerazione solo alcuni di essi, in più, la maggior parte sono docenti universitari che insegnano la materia *logica e argomentazione giuridica*, di fatto, nella facoltà di giurisprudenza delle università presenti in tutta Italia si insegna questa disciplina.

Nella presente investigazione si pretende conseguire una diagnosi delle ipotetiche soluzioni dei conflitti causati dal non limitare la retorica all'interno di un processo penale, attraverso l'uso di una metodologia attiva, esplorativa e apprensiva. Nei seguenti capitoli si parlerà della classificazione della retorica secondo la materia trattata, le tecniche utilizzate e si tenterà di dare una definizione che racchiuda tutte le informazioni ottenute, per rispondere alla seguente domanda: Cosa si intende per retorica?; successivamente, si argomenterà sul concetto di

159 Prima di iniziare lo svolgimento dell'articolo "La retorica e il Diritto Penale" è fondamentale ringraziare il Dottor Rubén Mendez, professore della Pontifica Università Cattolica dell' Ecuador, per le sue lezioni approfondite e meticolose sui vari argomenti adiacenti alla materia di logica giuridica; di fatto, hanno scaturito l'interesse di approfondire i due temi trattati in questo articolo, poiché, dato il poco tempo a disposizione delle ore di lezione del docente Mendez non è possibile analizzare dettagliatamente tutti i temi presenti nel programma universitario, ciò provoca da parte degli studenti una partecipazione "singola", cioè, lo studio individuale. Per questa ragione, si ritiene che il risultato finale di questa investigazione avrà un ruolo decisivo nella materia di logica giuridica, dal momento che, si tenterà di individuare i principali problemi tra la retorica e il Diritto Penale e, nello stesso tempo, le risposte più concrete per la sua soluzione.

Diritto Penale, processo penale e le motivazioni per cui ha un legame molto stretto con l'oratoria giudiziale, con il fine di rispondere alla domanda: Quali sono le ragioni che provocano una interdipendenza tra il Diritto Penale e la retorica giuridica?. Quando si parla di Diritto Penale si fa riferimento, soprattutto, al processo penale poiché è lì che si introduce il tema "dell'arte della persuasione".

Nel corso dello svolgimento dell'articolo si ragionerà dei principali problemi, giacché, l'aspirazione finale è conseguire resultati utili che ci permetta l'accesso a maggiore informazione sulla relazione dei due temi trattati e in un domani poter prendere decisioni con il fine di migliorarla, in fine, capire la relazione tra retorica e la materia di *logica giuridica.*

Da non sottovalutare l'importanza di attribuire la definizione adeguata ai concetti giuridici verosimili come argomentazione giuridica e persuasione che hanno una propria descrizione, affinché, si possa avere una idea chiara dei temi trattati ma, particolarmente, poter raggiungere gli obiettivi stabiliti anteriormente.

1. LA RETORICA

Innanzitutto, il concetto di retorica è molto ampio e complicato, di conseguenza è necessario fare una piccola premessa che ci permetta sottolineare gli elementi più essenziali. Per Retorica si intende la capacità di persuadere qualcuno di qualcosa in specifico mediante l'analisi degli argomenti del tema in questione per poter individuare e sfruttare i punti di forza, può riguardare varie materie come: la medicina, la politica, la scienza e specialmente nell'ambito giudiziario, deliberativo ed epidittico[160]. Dunque, la definizione più prossima è la seguente: la retorica è la facoltà di scoprire in ogni argomento ciò che è in grado di persuadere, di cui si identificano le tecniche ed extra tecniche, quest'ultime possono essere testimonianze, documenti scritti o confessioni obbligate cioè l'insieme di elementi preesistenti che sono necessarie per conseguire le prime, in cambio, le tecniche

160 Agg. [dal lat. epidictĭcus, gr. ἐπιδεικτικός, der. di ἐπιδείκνυμι «dimostrare»] (pl. m. -ci). – Dimostrativo, espositivo; nella retorica antica, eloquenza e., il genere di eloquenza (per i Latini genus demonstrativum) usato dagli oratori greci nelle feste, nelle pubbliche cerimonie, nelle commemorazioni dei morti per la patria. Vocabolario Treccani.

sono quelle che si ottengono attraverso la opinione, conoscimento e deduzione di un soggetto.

L'uditorio è il destinatario del discorso, ovvero, a chi si vuole persuadere, ciascuno dei quali possiede delle competenze, credenze ed emozioni; su queste basi, il soggetto che crea il discorso deve adattarlo secondo il tipo di auditorio.

È di utile importanza trascrivere direttamente l'intera definizione di Retorica secondo il vocabolario Treccani (un dizionario utilizzato da professionali nello studio di alcuni termini) dato le numerose difficoltà di capire i diversi concetti con elementi quasi similari, perciò, nel linguaggio professionale si intende: "L'arte del parlare e dello scrivere in modo ornato ed efficace; sorta nella Grecia antica con i sofisti, con finalità prevalentemente pragmatiche, come tecnica del discorso teso a persuadere (fu quindi applicata all'oratoria giudiziaria), si viene successivamente ampliando nell'età classica e poi medievale e rinascimentale a tecnica del discorso sia orale sia scritto, con finalità anche estetiche, secondo un sistema di regole in cui fu organizzata dapprima da Aristotele, poi dalla trattatistica latina d'età classica (Cicerone, Quintiliano) e tarda (Marziano Capella, Boezio). Nel medioevo la retorica, la grammatica e la dialettica (la quale ultima ha per scopo la dimostrazione non la persuasione) costituivano le tre arti liberali (arti del trivio, in lat. artes sermocinales), distinte dalle quattro arti reali (arti del quadrivio, in lat. artes reales), l'aritmetica, la geometria, la musica e l'astronomia. Dopo una progressiva decadenza nell'età moderna, dovuta alla rivalutazione dei contenuti espressivi, la retorica ha riacquistato uno spazio rilevante nella linguistica e nella critica letteraria contemporanea, come teoria dell'argomentazione e come analisi delle realizzazioni lessicali, grammaticali e stilistiche, di testi scritti o anche orali, e delle loro funzioni espressive"[161]. Dall'altra parte, secondo il filosofo greco, Aristotele, la retorica si basa nell'osservazione empirica di cui alcuni uomini senza volere o non possono rispondere alla logica o alla dialettica; come la dialettica è, assai, lontana dalla logica formale causato dal fatto che si cerca incessantemente la opinione per iniziare una discussione, mentre, la retorica è lontana dalla dialettica poiché si cerca discutere dinanzi a un soggetto di poca valore che prende in considerazione temi non troppo aderenti all'argomento centrale.

---

161 Vocabolario Treccani.

Bisogna fare un chiarimento sul termine dialettico[162] che si definisce

162 "1. Arte del dialogare, del discutere, come tecnica e abilità di presentare gli argomenti adatti a dimostrare un assunto, a persuadere un interlocutore, a far trionfare il proprio punto di vista su quello dell'antagonista: un oratore dalla d. stringente; ridurre al silenzio l'avversario con la propria d.; con senso peggiorativo, modo sottile e capzioso di argomentare: con la sua d. ci metterebbe tutti nel sacco. 2. Nel linguaggio filosofico, il termine ha avuto accezioni diverse, secondo le epoche e le scuole. a. Nel pensiero antico, è in genere l'arte dialogica, come metodo di dimostrazione mediante brevi domande e risposte (adoperato da Socrate in contrapp. ai lunghi discorsi dei sofisti). In Platone, è sia il processo interiore che conduce ai concetti più generali e ai principî primi della realtà intelligibile, sia l'arte di dividere le cose in generi e specie, di classificare in concetti per meglio progredire nell'analisi. In Aristotele, parte della logica, intermedia tra l'analitica e la retorica, che studia le forme argomentative imperfette, da cui si traggono conclusioni soltanto probabili e non rigorosamente necessarie. b. Nel pensiero medievale, la dialettica s'identifica con la logica e diviene una delle arti del trivio, insieme con la grammatica e la retorica. c. In Kant, d. trascendentale o «logica dell'apparenza» è la teoria degli errori naturali dello spirito umano, che si illude di poter determinare, sul solo fondamento di ragionamenti teorici, la natura dell'anima, del mondo e di Dio, e cade invece in inevitabili, inestricabili contraddizioni. Nell'idealismo post-kantiano e per Hegel in partic., la dialettica è la natura stessa del pensiero che si sviluppa secondo proprie leggi ma in modo conforme allo sviluppo della realtà anzi rappresentandone la struttura stessa; è quindi movimento e sviluppo che da un concetto astratto e limitato (affermazione o tesi) passa al suo opposto (negazione o antitesi) per giungere a una sintesi (negazione della negazione) che conserva elementi fondamentali dei precedenti e opposti momenti, i quali peraltro non sarebbero mere astrazioni concettuali bensì pensieri concreti, determinazioni storiche, effettive formazioni culturali, sociali, ecc. Nel pensiero di Marx tale movimento si specifica e si concretizza come sviluppo dell'antagonismo tra classi sociali contrapposte e come relazione di opposizione tra forze produttive e rapporti di produzione. In Croce, infine, si distingue una d. dei distinti, per cui lo spirito, secondo un processo circolare, passa da un grado all'altro senza annullare i precedenti, e una d. degli opposti che, nella sfera delle cose concrete, opera la sintesi della tesi e dell'antitesi. 3. Nel pensiero moderno, e anche nel linguaggio com. (in diretta connessione con le accezioni che il termine ha avuto nel pensiero filosofico), il processo risultante dalla lotta o dal contrasto di due forze: uno storico cui non sfugge la complessa d. tra cultura e politica; o, più spesso, gioco di forze contrastanti che collidono e si ricompongono incessantemente: la d. delle forze economiche; la d. dei partiti. Il termine è inoltre usato (per es. nel linguaggio della critica) per indicare quell'argomentazione che giustappone idee opposte o contraddittorie e generalmente tende a far giungere tale conflitto a un qualche esito, che si presume necessario e inevitabile". Vocabolario Treccani.

della seguente forma: chiamato, anche, l'arte del dialogare di cui il suo punto di forza è l'abilità di porre gli argomenti più opportuni con il fine di provare un assunto. Per quanto riguarda la logica, essa è una disciplina che ha l'obiettivo di studiare le condizioni di validità delle argomentazioni deduttive, le sue origini risalgono con l'elaborazione della dottrina delle forme nelle quali si muove, ragionando, il pensiero; codesta fu scritta da Aristotele, il quale in un principio si riferisce ad essa con il termino "analitico" e, con il passare del tempo, con l'aiuto dei pensieri e conoscimenti di personaggi illustri questo termino ha subito cambiamenti fino ad essere ciò che oggi.

Ritornando, alla retorica è fondamentale focalizzarsi nella sua origine e mutazione nel corso del tempo, tra cui, si sottolineerà l'importanza di alcune tappe storiche, affinché, si possa comprendere il nesso con il diritto.

2.1. Origine e tappe storiche della Retorica.

"Nel corso di nove secoli, la retorica ha plasmato, in diversi modi, la vita spirituale di greci e romani"[163]. La Retorica ha origini molte antiche, di fatto, viene introdotto per la prima volta da Aristotele, un importantissimo filosofo greco vissuto in Atene tra la fine degli anni 300 a.C. e l'inizio degli anni 400 a.C.. Per lui la retorica riguarda, più che altro, la forma speciale di pensare che è limitato nel momento in cui si applica. Questo filosofo fu alunno dell'Accademia di Platone che a sua volta è stato alunno di Socrate; attualmente, molti lo considerano il primo investigatore scientifico, poiché, le sue opere filosofiche e teologiche hanno avuto un ruolo predominante nei conoscimenti odierni. Come tutti sappiamo, la civiltà greca è una delle più importanti sia nell'ambito filosofico, teologico che politico; infatti, la loro organizzazione sotto questo punto di vista era ottimo, dal momento che le città greche erano indipendenti le quali prendevano il nome di *polis*[164] formato da un gruppo di persone che avevano la funzione di prendere decisioni autonomamente.

Le più importanti polis erano quelle di Atene e Sparta, in un primo momento erano governate da un re poi dall'aristocrazia, a partire del 508 a.C. in Atene tutti i cittadini partecipavano alla vita politica e per

163 Ernzt Robert Curtius. 1955.

164 Città-stato. Vocabulario Treccani.

questa ragione fu istituita l'assemblea del popolo chiamata Ecclesia; fu così che apparve la prima forma di governo, ovvero, la *Democrazia*[165]. Sia gli organi legislativi che gli organi giudiziari sono totalmente nelle mani dei cittadini[166], da non confondere con popolazione[167] poiché essa era costituita da greci e schiavi (prigionieri di guerra, i quali non possedevano nessun tipo di diritto), con lo scopo di consolidare il potere del popolo. Un importate fattore che caratterizza questa prima forma di giurisdizione è l'assenza della figura del giurista (avvocato), non c'era nessuno che potesse studiare e approfondire la disciplina del Diritto e, soprattutto, nelle situazioni di conflitti di materia civile o penale i soggetti immischiati dovevano difendersi da soli utilizzando la parola per convincere la giuria composta a sua volta da altri cittadini, è qui che Arsitole elabora il concetto di Retorica e della sua importanza nei Tribunali.

Con il passare del tempo, un'altra civiltà è riuscita ad emergere fino ad arrivare ad essere una dei più grandi Imperi dell'Occidente: Impero Romano (27 a.C. -476 d.C.). In origine, questa civiltà era composta da contadini e agricoltori. Si distinguono tre divisioni dell'epoca romana: Monarchia, Repubblica e Impero. Durante le due ultime tappe, i romani entrarono in contatto con i greci, è lì dove, si inspirano per creare la propria cultura e organizzare il sistema politico. Tuttavia, si riconosce lo spicco della Retorica nel sistema processale[168] durante la epoca

165 Forma di governo che si basa sulla sovranità popolare e garantisce a ogni cittadino la partecipazione in piena uguaglianza all'esercizio del potere pubblico. Vocabolario Treccani.

166 È colui che possiede la *cittadinaza*: Condizione di appartenenza di un individuo a uno Stato, con i diritti e i doveri che tale relazione comporta; tra i primi, vanno annoverati in particolare i diritti politici, ovvero il diritto di voto e la possibilità di ricoprire pubblici uffici; tra i secondi, il dovere di fedeltà e l'obbligo di difendere lo Stato, prestando il servizio militare, nei limiti e modi stabiliti dalla legge. Vocabolario Treccani.

167 L'insieme di individui o oggetti in un determinato ambito, considerati nel loro complesso e nell'estensione numerica. Enciclopedia Treccani.

168 4. a. Nel linguaggio giur., complesso delle attività e delle forme mediante le quali vengono risolte le controversie tra due soggetti da un terzo imparziale e disinteressato (il giudice), oltre che dotato del potere effettivo di imporre con autorità alle parti l'accettazione della sua sentenza: la storia del diritto ha progressivamente formalizzato e legalizzato la dinamica del processo fino a farne il momento emblematico e riassuntivo dell'intera esperienza giuridica: p. civile, penale, amministrativo, secondo la natura della controversia; p. di cognizione, di esecuzione; fare, celebrare, istruire, aprire, chiudere un p.; essere, mettere,

Repubblicana, infatti, l'accusato mediante le tecniche di retorica mira a smuovere le emozioni e screditare la parte contraria. Un personaggio si distingue rispetto ad altri, Marco Fabio Quintiliano, grazie a uno studio approfondito di 20 anni sulla retorica; molti sono stati i suoi alunni, tra cui, è necessario ricordare i nipoti dell'Imperatore Domiziano ed altri filosofi. La sua fama si rimembra tutt'oggi per merito di un manoscritto nominato "Istituto Oratoria", dove si stabilisce la miglior forma d'istruzione per i giovani; un aspetto fondamentale di Quintiliano è la sua professione come avvocato, infatti, si può affermare che per la prima volta viene introdotto lo studio della retorica nel diritto , giacché, ci sono due punti di vista, cioè, la parte filosofica della struttura dell'*arte della persuasione* e la sua funzione nel sistema processuale.

Qualche secolo dopo, nel Medioevo, il concetto di Retorica viene ripreso nuovamente in Francia, a quell'epoca chiamata Gallia, in cui questa forma di oratoria ha un ruolo importante rispetto agli altri stili. In Europa, la situazione economica permise l'origine di un nuovo ceto sociale, la *borghesia*, composto per lo più da commercianti che anno dopo anno prese sempre più potere all'interno della società che nell'ambito politico. Gli intellettuali, con maggior fama, che si dedicarono all'osservazione della lingua e le sue varie sfaccettature furono: Bernardo di Chiaravalle, Venanzio Fortunato, Sidonio Apollinare e Marbodo di Rennes.

Finalmente, nel '600 e '700, la contribuzione di molti acculturati ha permesso giungere a una più complessa definizione della struttura del

---

mandare sotto p., essere sottoposto, o sottoporre qualcuno, a un procedimento penale. In partic., p. accusatorio, forma di processo penale marcatamente garantista, tipico degli ordinamenti anglosassoni e introdotto, anche se non integralmente, nell'ordinamento italiano dal nuovo cod. proc. pen. del 1988, caratterizzato dall'assoluta parità di poteri processuali riconosciuti all'accusa e alla difesa; p. inquisitorio, forma di processo penale, tipica degli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale, caratterizzata da una spiccata asimmetria tra i poteri processuali della difesa e quelli dell'accusa a vantaggio di quest'ultima, specie nella fase di ricerca delle prove da portare in giudizio. In usi estens. e fig.: non vorrai farmi un p. se ho tardato un po'!; non andrò sotto p. per aver perso il tuo libro, e sim., con riferimento a comportamenti eccessivamente severi e inquisitorî; fare il p. alle intenzioni, voler giudicare una persona non dai fatti obiettivi ma dalle intenzioni che, a ragione o a torto, le si attribuiscono. b. estens. Incartamento processuale: esaminare, studiarsi il processo. c. Nell'uso com., dibattimento pubblico, udienza: assistere a un p.; il p. è rinviato. Enciclopedia Treccani.

tema in questione ma, soprattutto, con la nascita di nuove discipline e di nuove professioni come nell'ambito: giuridico, amministrativo e didattico in relazione all'educazione; si osserva e si definisce il legame tra l'*arte della persuasione* e il diritto penale.

Un nuovo concetto che emerge è il nesso tra logica e retorica che si analizzerà nel seguente capitolo come una delle tante tecniche che permettono una corretta formulazione della Retorica, in più, gli elementi antecedenti e finali necessari per facilitare il processo.

2.2. Tecniche utilizzate per perfezionare l'arte della persuasione ed altre caratteristiche.

Per formulare una buona retorica, è essenziale regolare la comunicazione mediante i principi stabiliti da Beaugrande y Dressler: la efficienza del testo che abbia per lo meno un minimo di sforzo da parte dei soggetti interessati e che possa scaturire un'impressione appropriata in modo tale da produrre condizioni favorevoli per ottenere gli obiettivi comunicativi, in più, ci dev'essere coerenza tra il testo e l'ambiente circostante di questi soggetti. Inoltre, la comunicazione deve rispettare 7 criteri: la coesione, la coerenza, l'intenzionalità, l'accettabilità, la situazionali, l'informativa e l'intertestualità. Il primo criterio organizza gli elementi grammaticali; il secondo fornisce un significato semantico ovvero il significato del discorso; il terzo è determinato dall'obiettivo prefissato dal soggetto che compone un testo, ciò, che vuole trasmettere; il quarto è la risposta del ricevente; il quinto, ai cambiamenti relazionati al contesto esteriore; il sesto, in cambio, è il grado di interesse che possiede l'informazione e, infine, il settimo che ha come fine collegare il tipo di testo ad un altro.Il discorso[169] è la rappresentazione verbale che può essere orale o scritta

169 1. a. L'atto del discorrere, dell'esprimere il pensiero per mezzo della parola: lasciare in tronco un d.; perdere il filo del d.; discorsi senza importanza; d. ambiguo, sibillino, sciocco, scipito; fare discorsi a vanvera, senza capo né coda. b. L'argomento su cui si discorre: cambiare, mutare d.; tocca sentire certi d.!; questo è un altro d., anche con sign. estens., è un'altra cosa. c. Colloquio, conversazione: attaccare d.; venire, entrare in d.; è meglio troncare questi d.; il d. cadde sul teatro; d. amichevole, alla buona. d. Al plur., e in tono più o meno spreg., parole, chiacchiere: pochi d.!; non facciamo troppi d.!; senza tanti d., senza andare per le lunghe, con franchezza; e contrapposto ai fatti: questi sono d.!; tutti d.!; tutti bei discorsi! 2. Trattazione ordinata e diffusa intorno a qualche preciso argomento (di solito pronunciata in pubblico, ma che può anche

ed è formata da una o più frasi coordinate tra di loro, in modo tale, da ottener un senso logico; esso, ha distinte fasi che corrispondono alla creazione di una idea, poi, la progettazione di uno schema, la redazione utilizzando un linguaggio chiaro e vivace, per finire, l'espressione che giova di un ruolo predominante.

Anticamente, si avvaleva spesso dell'auxeis e tutt'ora si utilizza, però possiede un nome completamente distinto, si relaziona alla parola crescere o aumentare, giacché, ha il fine di storcere la realtà peggiorando la situazione.

La logica[170] è un alto elemento essenziale per iniziare tutto questo processo, essa è la disciplina che studia le condizioni di validità delle

---

essere soltanto scritta): preparare, scrivere, comporre un d.; fare, tenere, pronunciare un d.; improvvisare un d.; sentire, ascoltare un d.; d. politico; d. accademico; d. d'inaugurazione, di chiusura, ecc.; d. lungo, noioso, prolisso, monotono, ampolloso, risoluto; la pubblicazione dei d. di Cavour. D. della corona, quello del sovrano dinanzi al parlamento all'inizio di ogni legislatura, nel quale si traccia il programma politico e amministrativo del governo. 3. a. In grammatica, parti del d., le varie categorie nelle quali la grammatica tradizionale suole dividere il corpo lessicale di una lingua, in base alla funzione che le singole parole adempiono nella frase. In italiano si distinguono in genere nove parti del discorso, delle quali cinque sono dette variabili, in quanto hanno una flessione (sostantivo, aggettivo, articolo, pronome, verbo), e quattro invariabili (avverbio, preposizione, congiunzione, interiezione). b. In sintassi, con riferimento al modo con cui, narrando o scrivendo, si riproducono le parole dette da altri, si distingue un d. diretto, in cui le parole sono riprodotte nella forma originale (per es.: «Mi disse: – Tornerò domattina»), e un d. indiretto, quando esse sono riferite nella forma voluta dalle leggi della dipendenza sintattica (per es.: «Mi disse che sarebbe tornato l'indomani mattina»). Si distingue infine un tipo intermedio, detto d. indiretto libero, in cui le parole o il pensiero di una persona vengono riferiti dall'autore in forma indiretta, ma tacendo il verbo dichiarativo reggente o ponendolo in inciso, come se si avesse la citazione diretta; per es.: «Di tutte queste riflessioni nulla trasparì sul viso di Tereso. Anche lui, egli disse ad un tratto come ricordandosi, aveva da sbrigare insieme con il segretario certe faccende che non tolleravano di essere rimandate. Si sarebbero dunque veduti la sera» (Moravia, La mascherata. 201).

170 3. a. Nell'uso com ., l'arte di condurre il ragionamento, l'argomentazione, il discorso in modo che le idee siano tra loro connesse e si sviluppino con razionale procedimento l'una dall'altra; quindi, giustezza di ragionamento: condurre una dimostrazione con logica, con l. perfetta, serrata, sottile, severa, inesorabile; discorso pieno di l., o privo di l., senza l.; procedimento a filo di logica; e in quanto il ragionamento si estrinseca nelle azioni: condotta, comportamento, risoluzione

argomentazioni deduttive (dal macro al micro), dunque, l'essere umano ragiona prima di parlare o scrivere un testo; pensare permette individuare e organizzare le idee in modo tale che una volta espresse, abbiano un significato con un alto grado di eloquenza; inoltre, la capacità di ragionare può essere di grande aiuto.

Due fattori che hanno la parola decisiva sull'efficienza della retorica formulata, sono le emozioni e l'uso di tecniche della disciplina della psicologia; infatti, per persuadere i destinatari è necessario catturare la loro attenzione e saperli "manipolare" con il fine di raggiungere la loro parte interiore e smuoverli; codesto si fa, anche, in ambiti molto seri come nel Diritto con buoni risultati, tuttavia, non si dovrebbero verificare questi tipi di situazione poiché si dovrebbe mantenere sempre e comunque l'obiettività, ed è qui che sorge il problema del tema preso in considerazione.

Questi insieme di concetti, "formano" la Retorica, vale a dire che seguendo passo per passo i criteri menzionati prima e avendo le idee chiare sui diversi significati di alcuni elementi presi in considerazione si può conseguire un ottimo risultato. Altri aspetti fondamentali sono le figure, vale a dire, i tipi di espressioni non comuni al linguaggio parlato che hanno lo scopo di attirare l'attenzione del destinatario o destinatari.

3. ORDINAMENTO GIURIDICO

L'ONU (Organizzazione delle Nazioni Unite) riconosce la presenza di 206 paesi nel pianeta Terra, ciascun dei quali possiede un proprio Ordinamento Giuridico; esso è differente tra stato in stato dovuto agli antecedenti storici, culturali e religiosi. L'Ordinamento Giuridico o, anche, riconosciuto come Diritto è l'insieme di norme che hanno l'obiettivo di regolare le relazioni tra gli individui di una Società all'insegna della pace, dell'armonia e della tranquillità. Uno dei fattori

privi di logica. Per la l. deontica, v. deontico. b. Più genericam., modo di ragionare: bella l. la tua!; ha una l. tutta sua particolare. c. fig. La ragione che è alla base di un determinato comportamento e che lo giustifica (anche con riferimento ad atti pubblici e a decisioni o scelte politiche). Con altro uso fig., la l. dei fatti, degli avvenimenti, il modo con cui essi sono concatenati, procedendo di necessità l'uno dall'altro; analogam., la l. della storia, la l. interna d'un sistema linguistico, e simili. d. In informatica, l'insieme dei principî scelti per la progettazione di un sistema di elaborazione automatica di dati. Vocabolario Treccani.

principali del Diritto è la giustizia, di fatto, queste norme che possono essere permissive, proibitive e precettive sono emanate per risolvere ipotetici conflitti garantendo giustizia ai soggetti implicati.

Da tutto ciò, si può dedurre che la disciplina del Diritto è molto ampio, giacché, sono molteplici gli ambiti a cui è indirizzato; infatti, questa materia e la realtà sociale sono strettamente connesse e si possono distinguere diverse ramificazioni.

Ci sono tre concezioni sull'O.g., la teroria normativa (H. Kelsen), la teoria istituzionale (S. Romano) e la teoria del rapporto (A. Levi), la particolarità di tutte e tre è relativo al fatto che si uniscono. Bisogna ricordare che il Diritto è oggettivo, vale a dire che si considera solo la parte obiettiva di qualsiasi situazione con il fine di conseguire una giustizia equa.

Principalmente, ci sono due grandi suddivisioni del Diritto[171] dal punto di vista dell'intervenzione dello Sato: il Diritto Pubblico e il Diritto Privato. Il D.Pu. regola tutte le relazioni tra i particolari e lo Stato, mentre, il D.Pr. regola i rapporti tra privati; a sua volta, ciascuno dei due diritti possiede altre classificazioni. Nel D.Pr. si distinguono secondo le materie trattate come: il D. Costituzionale, il

171 2. a. Complesso ordinato di norme (specificamente, nel linguaggio giur., d. oggettivo), variabili da tempo a tempo e da popolo a popolo, che prescrivono o vietano determinati atti e comportamenti, con lo scopo di regolare i fondamentali rapporti (familiari, economici, politici) su cui si regge l'organizzazione, la convivenza e la sopravvivenza della società, e disciplinare le relazioni intersoggettive, stabilendo insieme le sanzioni e gli altri mezzi adatti a impedire le azioni più dannose per il gruppo sociale e a prevenire o risolvere i conflitti e le tensioni che possono minacciare l'ordine, la pace e la sussistenza stessa del gruppo: i fondamenti, i principî, il concetto del d.; la codificazione del d.; il d. romano, il d. germanico, il d. intermedio; il d. vigente in Italia; d. positivo, l'insieme delle norme che costituiscono l'ordinamento giuridico di un paese (contrapp. in genere al d. naturale: v. naturale, n. 2 a e giusnaturalismo). Per i varî rami del diritto oggettivo, e cioè d. pubblico e privato, d. interno e internazionale, d. civile e penale, e inoltre d. agrario, amministrativo, canonico, commerciale, costituzionale, ecclesiastico, fallimentare, industriale, d. del lavoro, d. della navigazione, e d. processuale, si veda ai singoli aggettivi o sostantivi determinanti. b. Scienza che ha per oggetto lo studio di tali norme nel loro insieme o nei loro particolari raggruppamenti: scuole, cultori di d.; professore di d. (e, anche in questo sign., d. civile, d. penale, ecc.); d. comparato (v. comparato). Vocabolario Treccani.

D. Penale, il D. Processuale, il D. Amministrativo e il D. Tributario. Nel D.Pu. è composto dal D. Civile e il D. Commerciale, nonostante la classificazione, esistono alcune che appartengono tanto al Diritto Pubblico che al Diritto Privato.

Il Diritto Penale disciplina i fatti costituenti reato, le norme che compongono i Codici Penali individuano gli ipotetici casi di reato e stabiliscono, anche, le sanzioni che sono di varia natura secondo il crimine commesso. Per *reato* si intende l'azione che va contro una legge e che può recare danni ad un altro soggetto; per prevenire questi reati , il Diritto Penale si avvale di un strumento, ovvero, le sanzioni penali; inoltre, questi tipi di crimini si basa su tre principi-cardine: il principio di materialità, il principio di necessaria lesività o offensivista e il principio di colpevolezza. Il processo penale avviene dopo la "notizia di reato" che si ottiene mediante la denuncia[172], il referto (medico) e la querela[173], successivamente, si esercita l'azione

172 1. In diritto penale, atto formale informativo, facoltativo o obbligatorio, con il quale si dà notizia alla competente autorità di un reato perseguibile d'ufficio: sporgere, presentare, inoltrare una denuncia. 2. a. Dichiarazione, notificazione richiesta da una norma di legge per determinati scopi (di stato civile, igienici, fiscali, ecc.): d. di una nascita, di un decesso; d. sanitaria, atto, facoltativo o obbligatorio a seconda dei casi, con cui un sanitario informa l'autorità competente (medico provinciale, ufficiale di stato civile, di pubblica sicurezza, ecc.) di fatti che essa ha interesse a conoscere e che riguardano l'esercizio professionale; d. amministrativa, dichiarazione con la quale il privato porta a conoscenza della pubblica amministrazione la illegittimità o inopportunità di un atto amministrativo al fine di sollecitare l'esercizio dei poteri di annullamento e di revoca di ufficio; d. dei redditi, lo stesso che dichiarazione dei redditi. b. Denominazione tradizionale (come traduz. del termine lat. nunciatio) di alcune azioni giudiziarie a tutela della proprietà o del possesso: d. di danno temuto, d. di nuove opere, quelle mediante le quali l'interessato chiede all'autorità giudiziaria che vengano disposti gli opportuni provvedimenti per evitare i danni che egli teme possano derivare a un suo bene, rispettivamente, dalle particolari condizioni in cui si trova una qualsiasi cosa altrui (edificio, albero, ecc.) o da un'opera intrapresa da altri sul proprio o altrui fondo.

173 2. Nel diritto penale, atto con cui la persona offesa da un reato manifesta, nei casi espressamente previsti dalla legge, la volontà che il colpevole venga processato (costituisce una condizione di procedibilità, e pertanto, in sua assenza, l'azione penale contro il reo non può iniziare o continuare il suo corso): presentare, proporre, sporgere querela; dare querela a qualcuno; ritirare la q.; il reato è perseguibile a querela (o per q., meno bene su q.) di parte; reato estinto per remissione di querela; q. per ingiurie, per diffamazione, per violazione di domicilio, ecc. In partic., q. di

penale una volta portati a capo le determinate investigazioni per sostenere l'accusa; durante, il processo il soggetto indagato ha l'occasione di difendersi individualmente e/o , attraverso un avvocato, nel primo caso la retorica utilizzata è di un livello mediocre mentre nel secondo caso la retorica è arricchita da termini giuridici fattibili, con l'intenzione di convincere la giuria e il giudice dell'innocenza dell'individuo implicato o a "ridurre" la sanzione. Capire ciascuna fase di un processo penale è difficile, giacché, è molto complesso; per questo motivo, si è cercato di fare un riassunto con le fasi principali senza i quali non può iniziare un processo penale.

Dopo tutto, come si è affermato anteriormente, il Diritto è diverso per ogni paese e, di conseguenza, anche le caratteristiche del processo penale e del Diritto Penale non sono omogenee, pertanto, analizzerò il sistema penale in Ecuador poiché comporta un fattore importante, del quale si parlerà nel seguente capitolo.

3.1. Il Diritto Penale in Ecuador

L'Ecuador, è un paese sudamericano appartenente al "Terzo Mondo"[174] o, meglio dire, ai paesi in via di sviluppo; questa caratterista

---

falso, istanza processuale con cui l'interessato impugna, fornendo adeguate prove, un atto pubblico o una scrittura privata per ottenerne la dichiarazione giudiziale di falsità. Per q. di nullità, in diritto canonico, v. nullità. Pegg. querelàccia, querela che causa fastidî, o che può avere conseguenze penali di qualche gravità per la persona querelata. Vocabolario Treccani.

174 Denominazione entrata nel linguaggio delle relazioni internazionali alla vigilia della conferenza di Bandung del 1955, per indicare i paesi dell'Asia, Africa e America Latina, appena usciti dalla soggezione coloniale oppure in lotta per il conseguimento dell'indipendenza. Tale espressione è rimasta nell'uso per designare i paesi caratterizzati da un basso prodotto interno lordo pro capite, da una elevata crescita demografica e da una struttura produttiva fortemente dipendente dall'importazione di capitali e tecnologie dai paesi industrializzati; sono preferibilmente detti paesi in via di sviluppo. Per terzomondismo si intende l'atteggiamento favorevole ai paesi del T., che può manifestarsi sotto forma di solidarietà politica, di sostegno economico, di accentuato interesse culturale ecc. In particolare, con questo termine si è indicato negli anni 1960 e 1970 un orientamento politico, sviluppatosi soprattutto nell'ambito della nuova sinistra, di sostegno alle lotte di liberazione dal dominio coloniale o neocoloniale, ai movimenti rivoluzionari operanti nei paesi del T. e ad alcuni Stati come Cuba e la Cina. Enciclopedia Treccani.

lo accomuna al resto degli Stati confinanti. La Giustizia equadoregna si caratterizza per l'introduzione di nuove idee che hanno scaturito l'interesse della maggior parte degli avvocati e futuri avvocati della nazione. La *legislazione* presente in questo paese ha origini molto antiche, infatti, proviene dal Diritto Romano, perciò si possono distinguere molte assomiglianze; il Codice Civile è l'esempio basico di questa tramandamento. In Ecuador è stato incorporato il Sistema di Giudizio Orale inspirato al ruolo della retorica nel sistema accusatorio orale molto efficace nell'Amministrazione Pubblica. Il Codice Organico Integrale Penale (COIP) afferma la presenza di un testimonio orale accompagnato da suoni fonici orecchiabili e chiari, un altro aspetto da prendere in considerazione è l'ambiente circostante, siccome influisce psicologicamente al testimonio giudiziale. Il Sistema Accusatorio Orale possiede i seguenti principi: oralità, contradizione, mediazione, concentrazione e pubblicità; una delle principali motivazioni per cui si applica questo tipo di Sistema è dovuto a ragioni scientifiche-tecniche, sociali, etiche e fisiche; tutto sommato, bisogna riconoscere anche l'epoca in cui ci troviamo, giacché, permette la piena efficienza del Sistema Accusatorio Orale.

Nel suo complesso, il sistema penale ecuadoregno non è dei migliori presenti rispetto a molti altri; basti pensare all'immagine che ha dal punto di vista internazionale, in più, la corruzione non giova a favore.

4. CONCLUSIONI

Prima di iniziare con l'ultimo capitolo, non per questo meno importante, dove si tratterà di risolvere e conseguire gli obiettivi generali e specifici stabiliti antecedentemente, è fondamentale sottolineare un aspetto inatteso nello svolgimento dell'articolo giuridico, ovvero, la marea di concetti e termini giuridici e non solo, trovati. Come si è visto nei primi capitoli che riguardano il concetto di Retorica è stato di vitale importanze avvalersi di un vocabolario professionale e academico, poiché, i termini relazioni a questo tema sono molteplici e abbastanza simili, come: retorica, dialettico, discorso, denuncia, querela e molti altri concetti. La Retorica è un tema molto amplio, racchiude in sé numerosi aspetti della disciplina linguistica come la grammatica, della razionalità[175], le emozioni, la

175 Consiste nella riflessione attenta con il fine di conseguire benefici e non il contrario. In questo caso, l'uso della logica per persuadere un soggetto.

psicologia e i gesti, infatti, quest'ultimo ha una funzione scenografica. Detto ciò, si procederà con lo studio del marco teorico.

Dalle informazioni raccolte si deduce che la Retorica Giuridica ha avuto un ruolo predominante nel corso della Storia in diversi ambiti; tuttavia, continua ad essere un elemento essenziale nel Diritto Penale, specialmente durante il processo. C'è stata una trasformazione radicale, ovvero, prima questo strumento di oratoria era elementare e non ben definito; con il susseguirsi degli anni, i fattori storici e culturali aiutarono a modellare il concetto di Retorica, la quale nacque solo per persuadere una giuria nell'Antica Grecia rimase intatte acquistando sempre piú potere. Una notevole distinzione tra quella "vecchia" e quella "moderna" riguarda la presenza di regole, di fatto, nel passato c'era solo bisogno di parlare ed il gioco era fatto mentre adesso è regolata, in modo tale, che continui ad avere la sua importanza pero subordinato ad altri temi.

Sebbene, conseguire l'obiettivo delle tecniche e fasi, seguite alla lettera, per la formulazione di una buona "*persuasione*" è facile, si riscontra un grande problema nell'ambito giuridico. Precedentemente, con l'analisi del concetto di Diritto, lo si è associato alla parola "obiettività"[176], pertanto, le emozioni non dovrebbero essere prese in considerazione nel momento di giudicare o emettere una sentenza perché in caso contrario si andrebbe contro la etica e non si farebbe giustizia. La soluzione migliore consiste nel individuare i possibili limiti che siano rispettati sia dai soggetti emittenti[177]

---

176 1. L'atteggiamento di chi vede e giudica persone, eventi, circostanze con realismo e imparzialità, ed è quindi esente da pregiudizî e da passioni personali: analizzare con o. una serie di fatti; giudicare con o. un'opera; la difficile o. dello storico; analogam., o. di un giudizio, di una critica; esporre l'accaduto con assoluta o., con scrupolosa obiettività. 2. Il fatto di essere obiettivo, cioè vero o valido per se stesso, indipendentemente dal giudizio o dall'interpretazione che altri ne possa dare. Per es.: a. In fisica, principio (o assioma) di o., principio secondo il quale il comportamento di un sistema è indipendente dall'osservatore; (un'altra diffusa ed equivalente formulazione afferma che la descrizione fisica di un sistema non muta se si cambiano arbitrariamente il sistema di riferimento geometrico e l'origine dei tempi). b. Nel linguaggio medico, il complesso degli elementi clinicamente significativi che emerge dall'esame obiettivo del malato. Vocabolario Treccani.

177 2. s. m. e f. Nel linguaggio econ., colui che rilascia un pagherò cambiario e ne diviene così l'obbligato principale; in linguistica e in teoria della comunicazione, chi formula e invia un messaggio, la fonte di un'informazione. Vocabolario Treccani.

che dai interlocutori, infatti, i secondi devono considerare solo le affermazioni accompagnate con prove e non farsi ingannare dall'uso eccessivo di parole eloquenti e la drammaticità dei gesti; quindi, i fattori di limitazione sono i seguenti: per ciascuna affermazione una prova, non utilizzare le emozioni come strumento di persuasione, non giocare con gli elementi psicologici e, per finire, usare la obiettività in qualsiasi dichiarazione.

Per concludere, è fondamentale porre la ragione prima dei sentimenti, soprattutto, quando riguardano tematiche giuridiche, poiché, è più che corretto avere e dare osservazioni eque[178] ad entrambe le parti.

Questo articolo non solo ha permesso individuare il problema tra la Retorica Giuridica e il Diritto Penale, bensì, entrare a conoscenza del significato corretto di ciascuna parola; quindi, il lettore potrà interagire e arricchire il proprio vocabolario "mentale" con l'apprendimento di concetti verosimili a prima occhiata, però, con elementi completamente distinti gli uni dagli altri. L'importanza di sapere la differenza di codesti è sostanziale, soprattutto, per gli studenti della Facoltà di Giurisprudenza poiché in pochi anni saranno degli avvocati; attualmente, la domanda nel mondo del lavoro è abbondante, l'opposto dell'offerta, quindi lo studente deve eccellere rispetto ad altri ampliando i propri conoscimenti.

5. REFERENZE

A., A. (2016). *Ragionamento giuridico*. Torino: Giappichelli.

Banfi, A. (s.d.). *La Civiltà Greca* - Storia. Tratto da Oilproject: http://www.oilproject.org/lezione/diritto-e-retorica-20134.html

178 Che è conforme a equità, cioè alla giustizia nel suo ampio significato morale: pretendere un'e. distribuzione delle ricchezze; non sarebbe e. dar tutto a lui; di persona, che ha equità: un giudice equo. In senso più materiale, giusto, umano, debitamente proporzionato: condizioni e., un e. compenso; per e. affitto, e. canone, v. canone, n. 4. Avv. equaménte, con equità, con giustizia, con giusta proporzione: giudicare equamente; ripartire equamente gli utili o gli oneri.

Bearzot, C. (2007). Diritto e retorica nella democrazia. *Etica & Politica, 22.*

Beaugrande, R. y Dressler, W. (1981). Introduction to Text Linguistics. London, NewYork: Longman

Bobgo. (2012). *Filosofia - Forum filosofico sulla ricerca del senso dell'essere*. Tratto da IL forum di iflesioni: https://www.riflessioni.it/forum/filosofia/13986-ragione-e-razionalita.html

Carofiglio. (2007). *L'arte del dubbio*. Palermo: Sallerio.

Cataldi. (2016). *Guide di diitto penale*. Tratto da Studio Cataldi: https://www.studiocataldi.it/guide-diritto-penale/

Coppola, A. (2017). *Come funziona un processo penale*. Tratto da La lege per tutti : https://www.laleggepertutti.it/183531_come-funziona-un-processo-penale

D. E. (2018). *Derecho Penal*. Tratto da Derecho Ecuador: https://www.derechoecuador.com/penal

Díaz, P. R. (1998). La posición de la intellectio en el sistema retórico clásico. *HVMAITAS*, 26.

Eire, J. V. (2013). *La retórica penal de Jaques Vergès*. Tratto da El derecho: http://www.elderecho.com/tribuna/www-elderecho-com/retorica-penal-Jacques-Veres_11_582805002.html

Eire, J. V. (2014). *El sistema procesal penal italiano*. Tratto da El derecho.com: http://www.elderecho.com/tribuna/penal/sistema_procesal_penal_italiano_11_741055002.html

Elmedi. (2012). *Civiltá Greca*. Tratto da Pearson Education Library : http://ppbm.elmedi.it/materiali/testifacilitati/v5_st_01.pdf

Española, R. A. (s.d.). *Diccionario Real Academia Española*. Tratto da Real Academia Española: http://dle.rae.es/

Falero, L. M. (2002). La retórica en el siglo XX. Hacia una Retórica General. DICENDA. *Cuadernos de Filología Hispánica*. , 25.

Fornacari, L. d., & Piemonti, M. G. (2001). *Dizionario giuridico: italiano - spagnolo*. Milano: Giuffre.

Francesco, A. D. (2015). La logica retorica nel processo penale. *Penare il diritto*, 18. Tratto da Pensare il diritto: http://www.pensareildiritto.it/wp-content/uploads/2015/09/La-logica-retorica-nel-processo-penale.pdf

G., S. (2001). *Il luogo ell'oratore. argomentazione topica e retorica forense*. Napoli : ESI.

Gamboa, Y. (s.d.). Guía para la escritura del ensayo. Tratto da Pontificia Universidad Catòlica del Ecuador : http://eva.puce.edu.ec/pluginfile.php/161737/mod_resource/content/0/Gu%C3%ADa%20elaboraci%C3%B3n%20ensayos.pdf

Hechavarria, M. P. (2011). *El proceso penal, què es y su principales elementos*. Tratto da Gestiopolis: https://www.gestiopolis.com/proceso-penal-que-es-principales-elementos/

López Noreña, G. (2010). La antigua retórica grecoromana y la educación: en la perspectiva de la teoría de la argumentación y la posmodernidad, Edición electrónica gratuita. Texto completo en www.eumed.net/libros/2010d/768/

M., C. (2007). *L'arte di comunicare*. Milano: Oscar Mondadori.

Mazin, M. (2014). *Argomentazione giuridica e retorica forense*. Torino: Giappichelli.

Melo, C. (2012). *Retorica - Aristoteles*. Tratto da Prezi: https://prezi.com/l0dulszyccop/retorica-aristoteles-resumen-capitulo-8-1o-2o-y-3er-libro/

Piazza, F. (2015). Retorica vivente. Un approccio retorico alla filosofia del linguaggio. *Iris Unipa,* 19.

RAE. (s.d.). *Diccionario Real Academia Española*. Tratto da http://dle.rae.es/

Ruiz, A. Z. (2007). *La Retórica. Razon y Palabra,* 50.

Ruiz, A. Z. (2010). El perfeccionamiento personal a través de la retórica. *UMA, 28.*

S., S. (1991). *L'arte di ottenere ragione*. Milano: Adelphi.

Sera, C. D. (s.d.). *Dizionario dei sinonimi e contrari*. Tratto da Corriere della sera: http://dizionari.corriere.it/dizionario_sinonimi_contrari/P/parlare_1.shtml

Traversi, A. (2014). *La difesa penale. Tecniche argomentative e oratorie*. Milano: Giuffrè.

Treccani. (s.d.). *Dizionario Treccani*. Tratto da Treccani : http://www.treccani.it/vocabolario/dizionario/

Vidas, B. Y. (2017). *Aristóteles*. Tratto da Bibliografías y Vidas: https://www.biografiasyvidas.com/monografia/aristoteles/

Zorzi, J. P. (2005). Razonamiento jurídico y toma de decisión. Breves notas acerca de la influencia de la racionalidad y la irracionalidad en la decisión judicial. *Revista de Filosofía, Derecho y Política, 20.*

Recibido: 04/08/2017

Aceptado: 24/05/2018

Dennis Valeria Encalada González: Investigadora Jurídica Equimacon S.A.

Correo electrónico: valeriaencalada97@gmail.com

Alcances Típicos del Delito de eminicidio: Un Análisis del Acuerdo Plenario Nº 001-2016/CJ-116

Typical Scope of the Crime of Feminicide: An Analysis of the Plenary Agreement No. 001-2016 / CJ-116

Dr. Rafael A. Vega Llapapasca, Mgtr.
Profesor universitario e investigador Jurídico UNMSM

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 3, 2018, pp. 237-253, ISSN 2588-0837

RESUMEN: este documento introduce un análisis del Acuerdo Plenario Nro. 001-2016: Alcances típicos del delito de feminicidio, fenómeno que ha escandalizado, con justificada razón a la sociedad peruana, pero que, pese a aparentes esfuerzos y campañas de comunicación y visualización de los hechos de violencia, esta situación, se mantiene, saliendo a la luz más casos día a día. El autor recurre a cifras, hace un análisis de los enfoques empleados para la aplicación de esta legislación de emergencia, hace un análisis del bien jurídico protegido y de los contextos en los que el tipo penal de feminicidio incide.

PALABRAS CLAVES: feminicidio, homicidio, bien jurídico, enfoque de género, justicia transicional.

ABSTRACT: this paper seeks to analyse the Plenary Agreement No. 001-2016: Typical occurrences of the crime of femicide, a phenomenon that has scandalized, with justified reason to Peruvian society, but that, despite apparent efforts and communication campaigns and visualization of the facts of violence, this situation is maintained, more cases are coming to light day by day. The author uses figures, makes an analysis of the approaches used for the application of this emergency legislation, makes an analysis of the protected legal right and of the contexts in which the criminal type of feminicide affects.

KEY WORDS: femicide, homicide, legal right, gender approach, transitional justice.

INTRODUCCIÓN

El Perú ha sido testigo a lo largo del 2017 y en esta primera mitad del 2018 de hechos atroces que visibilizan la violencia en contra de la mujer: desde violaciones de niñas de 02 años[179], atentados contra la vida por medios como el fuego[180], desfiguraciones por protestar por comentarios sexistas[181], hasta fallos judiciales que absuelven a quien atenta contra la integridad y la libertad sexual de una mujer[182].

Esta situación ha motivado que el legislador tome atención (tardía, a partir del clamor de la calle, como siempre) y promulgue normas en contra de este fenómeno, las cuales, más allá de cualquier crítica que haga referencia al casuismo, eran necesarias: el feminicidio, como agravante del homicidio simple, tiene su razón de ser en la evidente situación de vulnerabilidad de la mujer respecto del hombre a partir de la desigualdad imperante.

En un inicio con una redacción fallida (la confusa Ley Nº 29819) su aplicación fue inviable, posteriormente fue modificándose (primero mediante la Ley Nº 30068 y sus posteriores agregados vía la Ley N° 30323 y el Decreto Legislativo N° 1323) hasta llegar a nuestros días, sin embargo, su aplicación por parte de los operadores jurisdiccionales es limitada cuando no sesgada por prejuicios o equívocas ideas preconcebidas.

La Corte Suprema no es indiferente a este fenómeno y toma posición, a través del Acuerdo Plenario Nro. 1-2016 (Alcances típicos del delito de feminicidio), estableciendo criterios para entender y aplicar la norma que protege la vida e integridad de la mujer en el Perú: ¿Cuáles son los alcances de este pronunciamiento jurisprudencial? ¿Cuáles son los escenarios para su aplicación? ¿Qué es lo que debe cambiar para que los operadores jurisdiccionales tengan una adecuada participación en la represión de estos casos? Intentaremos esbozar algunas ideas en las siguientes líneas.

---

179 Los Olivos: menor de 2 años en estado de gravedad tras ser violada por su padre, diario La República, 22 de noviembre de 2017, recuperado de: https://goo.gl/QpYDss.

180 Lo que sabemos de la mujer quemada en un bus en Lima: está sedada e inconsciente por el intenso dolor, CNN en Español 26 de abril de 2018, recuperado de https://goo.gl/zCYwq5.

181 Mujer se defiende de acosadores y termina con el rostro desfigurado en San Martín de Porres, diario Correo, 04 de mayo de 2018, recuperado de: https://goo.gl/BC6cEi

182 Absuelven a Adriano Pozo, expareja y agresor de Arlette Contreras, Perú21, 17 de febrero de 2018, recuperado de: https://goo.gl/duV8id.

1. VIOLENCIA DE GÉNERO: PERÚ PAÍS VIOLENTO CONTRA LA MUJER

Minimizar la violencia contra la mujer es irresponsable: solo en el año 2017 se reportaron en nuestro país 116 feminicidios, asimismo, en ese mismo período los centros de emergencia mujer atendieron casi 100 mil casos (atención integral para víctimas de violencia familiar y sexual)[183], cifras que expresan el cómo nuestra sociedad vislumbra a la situación de la mujer: como un ser inferior, normalizando la violencia contra ellas a tal punto de ser socialmente aceptado. El autor nacional Castillo Aparicio con acierto refiere que, de acuerdo con un enfoque de género, reconoce que la situación de desventaja en la que se encuentran las mujeres se fundamenta y perpetúa en las estructuras de inequidad y discriminación que causan las violaciones de los derechos humanos de tipo específico[184].

Otras cifras, publicadas por el INEI, expresan que en el 2016 un 68% de las mujeres en el Perú ha sufrido algún tipo de violencia física, sexual o psicológica, las regiones con mayor número de casos de violencia contra la mujer son Ica, Piura, Apurímac y Cusco. La encuesta reveló que la violencia psicológica fue declarada con mayor frecuencia con un 64.2%, seguida por la violencia física, 31.7%, y la violencia sexual con un 6.6%[185].

La violencia contra la mujer es, además, una manifestación de la brecha de desigualdad social, económica y laboral[186], reafirmando una posición de dominio y/o de sujeción a favor del género masculino, el cual incentiva la permanencia de dicha brecha, al no cuestionar sus privilegios. Y no podemos restringirnos únicamente manifestaciones de violencia física, sino también a violencia psicológica, al establecimiento de posiciones de dominio a favor del género masculino, la encuesta Demográfica y de Salud Familiar – ENDES 2010 reveló que, entre los factores de riesgo de violencia contra la mujer identificados por la OMS, se en-

183 Año 2017: cifra de feminicidios en Perú superó los 100 reportes, diario El Comercio, 30 de diciembre de 2017, recuperado de: https://goo.gl/VHdygd.

184 Castillo Aparicio, Johnny E., *El Delito de Feminicidio. Análisis Doctrinal y Comentarios a la Ley Nro. 30068*, (Lima – Perú, Ediciones Normas Jurídicas). 19.

185 INEI: 68% de las mujeres ha sufrido violencia física, sexual o psicológica, Web América Noticias, 30 de mayo de 2017, recuperado de: https://goo.gl/fCcKzz.

186 Diversas cifras han sido publicadas por el INEI durante el 2016 como parte de los Indicadores de Género, recuperado de: https://goo.gl/r5Qsy3.

cuentran: (i) tener un bajo nivel de instrucción (tanto para los perpetradores como en el caso de las víctimas de violencia); (ii) la exposición al maltrato infantil; (iii) el trastorno de personalidad antisocial (autores); (iv) el uso excesivo del alcohol; (v) el hecho de tener muchas parejas o de inspirar sospechas de infidelidad en la pareja; (vi) las actitudes de aceptación de la violencia; (vii) las costumbres que consagran los privilegios sexuales del hombre; (viii) la levedad de las sanciones legales contra los actos de violencia sexual. Ese mismo estudio reveló que en el Perú, el 55% de las mujeres peruanas considera que la violencia física es el principal problema que deben enfrentar, seguido por la violencia psicológica 32%; el embarazo no deseado 31%; el acoso sexual 28% y la violencia sexual 23%. Una de cada dos mujeres siente que las peruanas no están seguras dentro de su propia casa[187].

El Ministerio Público por su parte difundió el último informe elaborado por su Observatorio de Criminalidad, según el cual cada hora se registran tres casos de violación en nuestro país. Un promedio de tres ataques sexuales cada hora durante los tres primeros trimestres de este año. El informe comprende las cifras registradas entre los meses de enero y setiembre, según el cual en dicho período se recibieron 17 mil 182 denuncias por delito de violación sexual en todas las sedes fiscales del país[188].

2. POLÉMICA EN TORNO A UNA RESTRICCIÓN DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA: EL SUJETO ACTIVO ÚNICAMENTE PUEDE SER UN HOMBRE

Si bien se ha generalizado la idea que la violencia de género es practicada por parte del hombre en contra de la mujer, no deja de ser discutido lo establecido en el Fundamento 1. del presente plenario refiere a que *“la violencia contra la mujer constituye la expresión de toda violencia que se ejerce por el hombre contra esta por su condición de tal, y tiene su génesis en la discriminación intemporal, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”*, lo que queda reafirmado con lo establecido en el fundamento 52. que indica claramente que *“el feminicidio es un acto concreto realizado por un hombre suprimiendo la vida de una mujer”.*

187 Blog. Foro Económico: Violencia contra la mujer: El caso peruano, de 10 de noviembre de 2017, recuperado de: https://goo.gl/p67wYv.

188 En el Perú cada hora se registran tres casos de violación contra mujeres, diario Correo 25 de noviembre de 2017, recuperado de: https://goo.gl/4VZyue.

Puede decirse entonces que es el hombre el principal agresor en una relación de pareja, bajo los estamentos de un modelo de familia heteropatriarcal, sin embargo, no podemos olvidar que también existen otro tipo de uniones de pareja: lesbianas, transexual, bisexual, principalmente las primeras en las que una mujer también puede ser víctima de violencia por condición de su género. La normativa vinculada a reprimir la violencia de género puede tener varias lecturas:

a. El artículo 1 de la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer – Belem Do Pará en ningún extremo afirma que la violencia debe ser únicamente generada por parte de los hombres: *"debe entenderse por violencia contra la mujer, cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público o privado".*

b. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la resolución número 2005/41, definió la violencia contra la mujer como *"todo acto de violencia sexista que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer".*

c. La Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, elaborada en la 85° sesión plenaria, celebrado el 20 de diciembre de 1993, reconoce que *"la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre. La violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se refuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre"*, siendo evidente que la conexión entre violencia de género y discriminación tienen como origen las relaciones de poder y desigualdad).

d. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) en su artículo 1, expresa: *"La discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier esfera".*

Por su parte la Organización Mundial de la Salud[189], si bien no en absoluto en cuanto a referir que la violencia en contra de la mujer puede ser ejercida únicamente por un hombre, presenta datos y cifras que explican por qué debe considerarse generalmente a los hombres como agresores:

La violencia contra la mujer -especialmente la ejercida por su pareja y la violencia sexual- constituye un grave problema de salud pública y una violación de los derechos humanos de las mujeres.

Las estimaciones mundiales publicadas por la OMS indican que alrededor de una de cada tres (35%) mujeres en el mundo han sufrido violencia física y/o sexual de pareja o violencia sexual por terceros en algún momento de su vida.

La mayoría de estos casos son violencia infligida por la pareja. En todo el mundo, casi un tercio (30%) de las mujeres que han tenido una relación de pareja refieren haber sufrido alguna forma de violencia física y/o sexual por parte de su pareja en algún momento de su vida.

Un 38% de los asesinatos de mujeres que se producen en el mundo son cometidos por su pareja masculina. La violencia puede afectar negativamente la salud física, mental, sexual y reproductiva de las mujeres y, en algunos entornos, puede aumentar el riesgo de contraer el VIH.

Los hombres que tienen un nivel de instrucción bajo, han sido objeto de malos tratos durante la infancia, han estado expuestos a escenas de violencia doméstica contra sus madres y al uso nocivo de alcohol, han vivido en entornos donde se aceptaba la violencia y había normas diferentes para cada sexo, y creen que tienen derechos sobre las mujeres son más proclives a cometer actos violentos.

Las mujeres que tienen un nivel de instrucción bajo, han estado expuestas a actos de violencia de pareja contra sus madres, han sido objeto de malos tratos durante la infancia, han vivido en entornos en los que se aceptaba la violencia, los privilegios masculinos y la condición de subordinación de la mujer corren un mayor riesgo de ser víctimas de la violencia de pareja.

---

189 Página Web de la Organización Mundial de la Salud, rescatado de: https://goo.gl/JU9g2e.

Existen datos que demuestran que las intervenciones que promueven la sensibilización y emancipación de la mujer, la prestación de orientación psicológica y las visitas domiciliarias podrían favorecer la prevención o la reducción de la violencia de pareja contra la mujer.

Las situaciones de conflicto, posconflicto y desplazamiento pueden agravar la violencia existente, como la infligida contra la mujer por su pareja y la violencia sexual fuera de la pareja, y dar lugar a nuevas formas de violencia contra la mujer.

Por su parte José Hurtado Pozo intenta explicar respecto al criterio que ha llevado a que los jueces de la Corte Suprema estimen, siguiendo en cierta manera criterios de género, "que la discriminación, la violencia, la sumisión, la explotación caracterizan la relación que, en pro de los hombres y en detrimento de las mujeres, resulta del paternalismo y del machismo tradicionales"[190].

3. LA NECESIDAD DE TIPIFICACIÓN Y REPRESIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO: LENTOS AVANCES ANTE UNA SITUACIÓN DELICTIVA COTIDIANA

El Acuerdo Plenario (en su fundamento 8.) indica que *"la asignación de estereotipos y roles prefijados, consolida el equívoco de la visión masculina e impide la libre autodeterminación de la mujer; así en este contexto la violencia que se ejerce en sus diferentes manifestaciones (la muerte es la forma más extrema) constituye una constante vulneración de sus derechos humanos"*, en tanto, la violencia contra la mujer se asentaría en la posición subordinada de la mujer respecto del varón la cual no proviene de las características de las relaciones familiares sino de la propia estructura social fundada todavía sobre las bases del dominio patriarcal, lo que da lugar a un fenómeno diferente denominado violencia de género, separable de la violencia familiar, que exige una respuesta penal autónoma[191].

La aparición de tipos penales que ayuden a circunscribir a la víctima en función de su sexo se ven plenamente justificados, en tanto, como

190 Hurtado Pozo, J. (2017). *Feminicidio: hombre y mujer, según el acuerdo plenario 001-2016/CJ-116*, recuperado de: https://goo.gl/ucCsVd.

191 Bendezú Barnuevo, R. (2015). *Delito de Feminicidio. Análisis de la violencia contra la mujer desde una perspectiva jurídico-penal,* (Lima Perú, Ara Editores, Lima). 22.

refiere la catedrática española Patricia Laurenzo Copello, "*se trata de nuevos delitos y agravantes destinados a tutelar de forma específica a las mujeres frente a comportamientos que suponen discriminación por razón de género*"[192]. Esta situación no le es indiferente a la administración de justicia, por lo que la Corte Suprema entiende la necesidad que los jueces comiencen a razonar sus resoluciones desde una perspectiva de género en tanto (fundamento 9.) "*existe la necesidad de la reacción penal frente a la situación que se puede percibir, en cuanto trasgreden derechos fundamentales como la vida, la integridad física (bienes jurídicos básicos), la libertad, la dignidad, la igualdad, la seguridad y la no discriminación, proclamados en la Constitución Política del Perú*".

En ese mismo sentido, los Jueces Supremos interpretan esta legislación con tendencia de género de acuerdo con los preceptos del artículo 44° de la Constitución (fundamento 10.) que prescribe que el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger a la población de las amenazas contra su seguridad. Por tanto, la violencia contra la mujer no solo debe calificarse como un maltrato físico, sino esencialmente es un ataque contra los derechos humanos de la mujer, contra su condición como ser humano y sus derechos fundamentales.

Asimismo, tanto la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de Belem do Pará y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (fundamento 12) emitieron pronunciamientos al respecto y recomendaron a los Estados Partes adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, y entre ellas, se pide incluir en la legislación interna normas penales, para protegerlas contra todo tipo de violencia. El Perú ratificó estos convenios el 13 de septiembre de 1982 y el 4 de febrero de 1996, y se insertaron en el sistema jurídico interno de conformidad con lo dispuesto por el artículo 55 de la Constitución Política del Perú.

192 Laurenzo Copello, P. (2017). *La tutela específica de las mujeres en el sistema penal: una decisión controvertida, en Género y Derecho Penal*. Homenaje al Profesor Wolfgang Schone, (Lima, Perú, Instituto Pacífico). 79.

4. ENFOQUES A CONSIDERAR EN LA VIOLENCIA DE GÉNERO DE ACUERDO CON LA LEY 30364: CONCEPTUALIZANDO Y DEFINIENDO LAS PERSPECTIVAS A TENER EN CUENTA

El enfoque de Género, nos dice Castillo Aparicio, *"significa analizar el impacto diferencial de las leyes en las mujeres y en los hombres, comparando porqué y cómo unas y otros se ven afectados de manera diferente. Este enfoque supone que el Derecho no es un conjunto de normas escritas que se pueden aplicar sin considerar el contexto social, cultural, político y económico. Por el contrario, parte de estas siempre serán impactadas por las creencias, costumbres y pensamientos de las personas que las elaboran aplican y fiscalizan. Pero también considera que serán influidas por las diferentes formas de concebir el mundo que determinan la desigualdad entre hombres y mujeres"*[193] .

Sin embargo, no todos los autores están de acuerdo con esta denominación, así Rocci Bendezú Barnuevo cuestiona no solo los alcances lingüísticos del término género, al ser *"una mala traducción del término inglés "gender" cuya traducción más exacta sería "sexo"" lo que no se equipara en nuestro idioma con la palabra género"*[194], por su parte, la catedrática española María Elósegui Itxaso, opta por entender que *"la expresión género conforme a su significado actual no se equipara para nada a femenino o a cosa de mujeres, sino hace referencia a la función social que asumen cada uno de los sexos, tanto para el femenino como el masculino, de modo que ambos objetivos complementan el término género"*, del mismo modo recurre a lo señalado por la abogada Patsilí Toledo Vásquez que refiere a la amplitud del término género, señalando que *"la violencia de género también puede alcanzar al género masculino"*[195].

Más allá de circunstancias terminológicas y respetando las posiciones, ambas concuerdan con la situación de desigualdad entre ambos géneros, naciendo el verdadero cambio a partir de reformas en la educación, en el tratamiento de ciertos tópicos (discriminación por el género, sobre-sexualización de la mujer, visualización de la violencia por discriminación) por parte de los medios de comunicación, la sensibilización de las carreras profesionales que puedan prevenir y sancionar la violencia de género y una mejora en la in-

193 Castillo Aparicio, (2014). 27.

194 Bendezú Barnuevo, (2015). 42.

195 Bendezú Barnuevo, (2015). 43.

vestigación, juzgamiento y ejecución de las sentencias relacionadas con el maltrato y violencia contra la mujer[196].

El papel del Derecho Penal en la violencia de género, ha sido considerado como "modesto" en tanto, como una rama de la ciencia social, tiene una visión restringida por lo que debe considerar diversos enfoques para un análisis válido y no discriminatorio, de acuerdo con lo ya previamente señalado en la Ley N° 30364 - Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar[197], de fecha 23 de noviembre de 2015, que describe, así refiere el Acuerdo Plenario (fundamento 16.), las estrategias de intervención orientadas al logro de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres:

e. Enfoque de género: reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, construidas sobre la base de las diferencias de género que se constituyen en una de las causas principales de la violencia hacia las mujeres. Este enfoque debe orientar el diseño de las estrategias de intervención orientadas al logro de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

f. Enfoque de integralidad: reconoce que en la violencia contra las mujeres confluyen múltiples causas y factores que están presentes en distintos ámbitos, a nivel individual, familiar, comunitario y estructural. Por ello se hace necesario establecer intervenciones en los distintos niveles en los que las personas se desenvuelven y desde distintas disciplinas.

g. Enfoque de interculturalidad: reconoce la necesidad del diálogo entre las distintas culturas que se integran en la sociedad peruana, de modo que permita recuperar, desde los diversos contextos culturales, todas aquellas expresiones que se basan en el respeto a la otra persona. Este enfoque no admite aceptar prácticas culturales discriminatorias que toleran la violencia u obstaculizan el goce de igualdad de derechos entre personas de géneros diferentes.

h. Enfoque de derechos humanos: reconoce que el objetivo principal de toda intervención en el marco de esta Ley debe ser la realiza-

196 Martínez García, E. (2017). *La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa, en Género y Derecho Penal.* Homenaje al Profesor Wolfgang Schone, (Lima, Perú, Instituto Pacífico). 148-154.

197 Se puede visualizar el texto completo de la Ley N° 30364 en: https://goo.gl/v2iZnH

ción de los derechos humanos, identificando a los titulares de derechos y aquello a lo que tienen derecho conforme a sus particulares necesidades; identificando, asimismo, a los obligados o titulares de deberes y de las obligaciones que les corresponden. Se procura fortalecer la capacidad de los titulares de derechos para reivindicar estos y de los titulares de deberes para cumplir sus obligaciones.

i. Enfoque de interseccionalidad: reconoce que la experiencia que las mujeres tienen de la violencia se ve influida por factores e identidades como su etnia, color, religión; opinión política o de otro tipo; origen nacional o social, patrimonio; estado civil, orientación sexual, condición de seropositiva, condición de inmigrante o refugiada, edad o discapacidad; y, en su caso, incluye medidas orientadas a determinados grupos de mujeres.

j. Enfoque generacional: reconoce que es necesario identificar las relaciones de poder entre distintas edades de la vida y sus vinculaciones para mejorar las condiciones de vida o el desarrollo común. Considera que la niñez, la juventud, la adultez y la vejez deben tener una conexión, pues en conjunto están abonando a una historia común y deben fortalecerse generacionalmente. Presenta aportaciones a largo plazo considerando.

5. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE FEMINICIDIO: LA VIDA Y LA DIGNIDAD DE LA MUJER

Uno de los puntos de mayor interés desarrollado en el Acuerdo Plenario es el relacionado con el bien jurídico protegido en el delito de feminicidio (fundamento 37.) el acuerdo plenario coincide que con la mayoría de autores nacionales en que el delito de feminicidio afecta la vida humana de la mujer.

Sin embargo, pensamos que se queda algo corto en su desarrollo, en tanto el tipo penal de feminicidio, por todo el trasfondo de su implementación, protege más que únicamente la vida humana independiente de la mujer, tal como refiere Reátegui Sánchez, recurriendo al Tribunal Constitucional Español (STCE Nro. 59/2008[198], del 14 de mayo de 2008), considera que *"ciertas acciones son más graves, más*

198 Se puede visualizar la Sentencia del Tribunal Constitucional Español número 59/2008 en: https://goo.gl/RvQmA4.

reprochables socialmente, porque son expresión de una desigualdad y de una situación de abuso de poder de una situación de discriminación en que se encuentran las mujeres"[199].

Complementa ello Bendezú Barnuevo cuando refiere que precisamente que dicha circunstancia de desigualdad y subordinación en que se encuentra la mujer es un elemento implícito de la violencia[200], lo que la sostiene y justifica.

6. LOS MEDIOS PSICOLÓGICOS PARA PRODUCIR LA MUERTE DE LA MUJER

Polémico, por decir lo menos, es el tema del empleo de *"medios psicológicos"* para provocar la muerte de la mujer (fundamento 43.) enmarcándolos dentro de un contexto "en el que se producen las conductas feminicidas, pueden hacer pensar que la muerte de la víctima sea un proceso acumulativo de tensiones, degradación psicológica, o estrés, o la conducta de hostigamiento, acoso, o coacción pueda desembocar en un ataque cardiaco o en un derrame cerebral."

El Acuerdo Plenario reconoce la poca frecuencia de dicha situación, sin embargo, procura explicar el contexto en el que se puede perpetrar tal circunstancia: *"dependerá de criterios objetivos como la idoneidad del medio psicológico empleado (coacción, acoso, hostigamiento), la vulnerabilidad general de la mujer (menor de edad o adulta mayor), la vulnerabilidad especial de esta (depresiva, hipertensa), la intensidad y frecuencia de la violencia psicológica"*. Se establece entonces que el medio empleado debe ser el suficiente para doblegar su voluntad, romper su psique, así como de la situación de la víctima para con el autor.

La prueba (o elementos de convicción de ser el caso) para la acreditación de este delito serán *"las pericias médicas, psicológicas y psiquiátricas, pero también los testimonios que den cuenta de la sistematicidad y características de la agresión. La evaluación que haga el juez debe realizarla en el contexto de los criterios de imputación objetiva"*. Las pericias deberán ser practicadas o bien a las víctimas supervivientes (por lo

199 Reátegui Sánchez, J. (2017). *Los Delitos de Homicidios en el Código Penal*, (Lima, Perú, Iusitia).186.

200 Bendezú Barnuevo, R. (2015). 201.

que este nivel de acreditación únicamente procederá con los feminicidios que quedaron en grado de tentativa), así como a los agresores.

7. LOS CONTEXTOS EN LOS QUE SE PRODUCEN EL DELITO DE FEMINICIDIO

El fundamento 52. establece que *"el feminicidio es (...) el reflejo de un conjunto de condiciones estructurales, que van más allá de la conducta homicida del sujeto activo, y que expresan una relación asimétrica de poder entre el hombre y la mujer, en desmedro de esta última",* reconociendo que esta situación es un fenómeno social, ni particular, ni aislado, sino el producto de una relación asimétrica, instituida a lo largo del tiempo, normalizada y aceptada.

Es por ello que, ante la identificación de grupos vulnerables se requiere que el Estado tome cartas en el asunto desde varios frentes, uno de ellos el legislativo que debe elaborar normas de emergencia que permitan proteger a las víctimas, a ello se le conoce como *"justicia transicional"*, la misma que, de acuerdo con las Naciones Unidas, implica *"toda variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación"*[201].

La justicia transicional supone, refiere Mantilla Falcón citando a Rodrigo Uprimny y a Luis Manuel Lasso, que la justicia transicional *"supone la existencia de situaciones complejas de violaciones masivas de derechos humanos en las que confrontan las expectativas de las víctimas, la identificación de los perpetradores, las formas de reparación de los daños individuales y colectivos así como las obligaciones internacionales del Estado de juzgar y sancionar a los responsables de crímenes atroces frente realidades políticas que hacen muy difícil la imposición de estas sanciones"*[202], lo que es recogido por el Acuerdo Plenario bajo estudio (fundamento 53.) cuando reconoce que "si bien por exigencias de un derecho

201 Informe del Secretario General: El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, párrafo 8, se puede visualizar el informe en: https://goo.gl/5nGSuh.

202 Mantilla Falcón (2017). Los derechos de las mujeres desde la justicia transicional: lecciones del caso peruano, publicado en Género y Derecho Penal,Lima: Instituto Pacífico. 171-187.

penal de acto, se debe castigar únicamente las manifestaciones concretas del autor, en contra de la norma penal que prohíbe atentar contra la vida de la mujer, el legislador ha considerado necesario ubicar el ataque a la vida de la mujer, en un contexto situacional determinado.

De esta manera se ha estimado que la violencia desencadenante de la muerte de la víctima, no es un episodio, no es una eventualidad, sino el lamentable resultado de un conjunto de circunstancias precedentes, y parte de construcciones culturales que han alimentado el resultado fatal. Por imperativos del mandato de determinación, es menester delimitar cada uno de ellos, en concordancia claro está con el ordenamiento jurídico en general". Es por ello que se reconocen determinados contextos en los que se generaliza la violencia, se identifica y reconoce:

La violencia familiar: es el más común y el de mayor incidencia, reconociéndose dos niveles de esta clase de violencia: contra la mujer (el primero) y sobre cualquier miembro del grupo familiar (el segundo), definiéndose (fundamento 55., recurriendo a la definición de la Convención de Belem Do Para) en términos generales como *"cualquier acción o conducta que les causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, tanto en el ámbito público como en el privado"*. Asimismo, se reconoce la capacidad de generar violencia de manera indirecta, prevaliéndose de otros miembros del grupo familiar, ejerciendo contra ellos la violencia para generar sufrimiento a la mujer.

Coacción, hostigamiento y acoso sexual: el primer concepto (coacción) implica siempre, de manera residual, la prevalencia de la violencia o amenaza hacia la víctima para que haga algo que la ley no le obliga, vulnerando así su libertad personal, la Corte Suprema (fundamento 59.) indica que *"así como funciona el tipo penal de coacción, como la caja de pandora a la que se debe recurrir para proteger la libertad jurídica de las personas, en casos ciertamente calificados por el medio empleado -violencia o amenaza-, en el contexto que precedió al feminicidio debe usarse para comprender todos aquellos casos en donde no caigan en la definición de violencia contra la mujer"*. En cuanto al concepto hostigamiento este refiere a molestias o burlas que pueda generar el agente en agravio de la víctima, son estos actos de menosprecio vulnerando su estabilidad psicológica. Finalmente, el acoso sexual (conocido también como hostigamiento, de acuerdo con los estamentos de la Ley Nro. 27942) implica tanto el aprovechamiento de una situación

de autoridad por parte del victimario en contra de la voluntad de la víctima como cuando, no existiendo dicha superposición, genera intimidación humillación u hostilidad hacia a la víctima.

Prevalimiento: cuando el agente se aprovecha de un caso de sometimiento o posición de autoridad en agravio de la víctima (fundamento 63.) para someterla o pretender sojuzgar arbitrariamente a la mujer, en el ámbito privado o público, son las formas de prevalencia de índole familiar, laboral -privada o pública- militar, policial, penitenciaria.

Actos de discriminación: se entiende por discriminación (fundamento 65.) a la actitud de impedir la igualdad de oportunidades o de dar igual trato a la mujer, en cualquier ámbito (personal, familiar, laboral, de salud, educativo) por motivos sexistas o misóginos. Fuera de la relación entre víctima y victimario el feminicidio en cualquiera de los contextos antes descritos.

8. CONCLUSIONES

La violencia contra la mujer es un fenómeno de reciente estudio y preocupación, aunque ha sido una circunstancia aceptada y justificada a partir de una sociedad machista y patriarcal, la igualdad es tinta sobre papel mojado, únicamente está en los tratados y normas dictadas por el legislativo y el ejecutivo.

La cifra de atentados contra las vidas de las mujeres en el Perú es aterradora, cualquier análisis o discurso empequeñece ante las evidencias: ser mujer en el Perú implica un riesgo, una situación de disminución, es el sometimiento ante el género masculino muy a pesar de la educación o posición social, es un estado de riesgo.

Planteado entonces la situación de desigualdad y de perenne violencia hacia el género femenino se entiende que el sujeto activo del feminicidio sea únicamente el hombre, en tanto es el principal agente agresor: en vez de cuestionar sus privilegios en pos de la igualdad o bien aprovecha dicha circunstancia a su favor o bien es indiferente, lo que lo hace cómplice.

El feminicidio nace como respuesta a esta situación de vulnerabilidad, protegiendo no únicamente la vida de la mujer, sino su dignidad como ser humano y su integridad como persona, la Corte Suprema

del Perú como el tribunal más alto del Estado se compromete con esta causa estableciendo parámetros y estamentos para entender este tipo penal desde una perspectiva de género. Es por ello que el bien jurídico del feminicidio además de proteger la vida de la mujer (como objeto principal de la protección de la norma)

Es así que para administrar justicia no basta con las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, al ser pues una institución novedosa en la legislación nacional requiere la aplicación de diversos enfoques como son: el género (situación de asimetría de la mujer en relación con el hombre respecto a sus derechos y facultades); de integridad (la violencia abarca todos los estamentos de la sociedad: familia, círculo social, instituciones estatales); intercultural (reconociendo que vivimos en un Estado pluricultural en los que las relaciones entre mujer y hombre son de distinta índole debiendo rechazar en todas ellas la violencia contra la mujer); derechos humanos (reconociendo que la razón de ser de esta norma es el reconocimiento y pleno goce de los derechos humanos de las víctimas); interseccionalidad (que identifica que las razones de la situación de desigualdad tiene relación directa con la raza, la etnia, religión, condición económica y sociocultural); y generacional (reconociendo que este problema tiene el mismo tiempo que el establecimiento de la sociedad peruana, debemos esclarecer cuales son las razones para identificar el origen del problema y terminar con él)

La legislación que regula el feminicidio tiene un carácter transicional, vale decir, reconoce que se encuentra en una situación de emergencia (violencia, desigualdad, permanencia en el tiempo, situación de vulnerabilidad) por lo que los criterios y los contextos para su aplicación no son iguales para cualquier otro tipo penal, reconociéndose entre los principales a la violencia familiar (la familia como el lugar donde germina la semilla de la violencia contra la mujer), la coacción, el hostigamiento y acoso sexual (reconociéndose la situación de desigualdad el hombre se aprovecha de la misma para someter a la mujer, hostigarla para obligarla a hacer algo o irrumpir en su ámbito personal), Prevalimiento (aprovechar la situación de sujeción o sometimiento de la mujer de otras índoles como el laboral, el económico, policial, militar o penitenciario) y actos de discriminación (impedir la igualdad haciendo un trato diferenciado para con la víctima en el ámbito personal, familiar, laboral, de salud o educativo).

9. REFERENCIAS BIBLIOGRAFÍCAS

Bendezú Barnuevo, R. (2015). *Delito de Feminicidio. Análisis de la violencia contra la mujer desde una perspectiva jurídico-penal*, Lima: Ara Editores.

Castillo Aparicio, J. (2014). *El Delito de Feminicidio. Análisis Doctrinal y Comentarios a la Ley* Nro. 30068, Lima, Ediciones Normas Jurídicas.

Laurenzo Copello, P. (2017). *La tutela específica de las mujeres en el sistema penal: una decisión controvertida, en Género y Derecho Penal.* Homenaje al Profesor Wolfgang Schone, Lima: Instituto Pacífico.

Martínez García, E. (2017). *La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa, en Género y Derecho Penal.* Homenaje al Profesor Wolfgang Schone, Lima: Instituto Pacífico.

Mantilla Falcón, J. (2017). *Los derechos de las mujeres desde la justicia transicional: lecciones del caso peruano, en Género y Derecho Penal.* Homenaje al Profesor Wolfgang Schone, Lima: Instituto Pacífico.

Reátegui Sánchez, J. (2017). *Los Delitos de Homicidios en el Código Penal*, Lima: Iusitia.

Recibido: 27/07/2017

Aprobado: 23/25/2018

Dr. Rafael A. Vega Llapapasca, PhD (c): Profesor universitario e investigador Jurídico UNMSM

Correo electrónico: rafael.vega.ll@gmail.com

Delitos Tributarios como Actos Criminales previos al Delito de Lavado de Activos

Tax Crimes as Criminal Acts previous to the Crime of Money Laundering

Dr. Fidel Nicolás Mendoza Llamacponcca, PhD
Investigador Jurídico, USIL y profesor Universitario

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 3, 2018, pp. 255-296, ISSN 2588-0837

RESUMEN: a nivel de los países latinoamericanos, se ha dado relevancia al carácter de "delito previo" de los delitos tributarios, constituyendo uno de los principales actos delictivos que dan base al lavado. En ese sentido, el presente documento explora las implicancias (debilidades a ser superadas) de este contexto específico para el desarrollo y fortalecimiento del sistema jurídico penal.

PALABRAS CLAVE: delitos tributarios, actos criminales, lavado de activos, derecho penal, "soft law".

ABSTRACT: for Latin American countries, the character of a "prior crimes" of tax crimes has become relevant, representing one of the main criminal acts that provide the basis for money laundering. This document explores the implications (weaknesses to be overcome) of this specific legal scenario for the development and strengthening of the criminal justice system.

KEY WORDS: tax crime, criminal action, money laundering, criminal law, soft law

INTRODUCCIÓN

En la versión del 2003 de las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), de modo similar a la reformulada el 2012, el GAFI propuso a los Estados incluir la más "amplia gama" de delitos subyacentes que puedan dar base al blanqueo de bienes. Esta

institución publicó sus recomendaciones revisadas el 16/Feb/2012, bajo el título *"Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y la proliferación"*[203]. Entre los aspectos novedosos de la revisión de las recomendaciones del GAFI de 2012, se tiene la incorporación por vez primera de los delitos tributarios como hechos delictivos precedentes susceptibles de constituirse en delito fuente del lavado de activos[204]–. En el ámbito internacional, dicha disposición carece de precedente expreso en las Convenciones de las Naciones Unidas sobre la materia –en estas normas de *hard law* únicamente se había establecido que los Estados debían asegurar que el delito de lavado sea tipificado, en sus legislaciones, abarcando la "más amplia gama posible" de delitos fuente–.

Las recomendaciones del GAFI constituyen disposiciones de *soft law*, por tanto, no obligatorias, desde la perspectiva jurídica –como sí lo son las Convenciones internacionales o *hard law*–. No obstante, sus estándares antilavado y procedimientos de seguimiento o evaluaciones mutuas en sus países miembros, tienen de facto un poder político que resulta ineludible. La comunidad internacional, con relaciones de cooperación estrechas y supervisadas, se encuentra vinculada políticamente a objetivos comunes, entre ellos, la lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo o de la proliferación de armas de destrucción masiva. En tal sentido, la institución más importante en el seguimiento político internacional del nivel de cumplimiento de estos estándares internacionales, sin duda, lo es el GAFI. A tal punto que se encuentra premunido de facultades para calificar a los países que no ajusten sus legislaciones a los estándares que ha establecido, como países deficientes en el control antilavado o, incluso, como países no cooperantes (conformando las denominadas "listas grises" o "listas negras")[205].

El debate relativo a la incorporación de los delitos tributarios como delitos fuente en la Recomendaciones del GAFI, es oportuno precisar, fue decidido como consecuencia de la reunión plenaria de esta institución

203 En:http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf.

204 Cassani, U. (2013), L'infraction fiscale comme crime sous-jacent au blanchiment d'argent: considérations de *lege ferenda*, en RSDAMF, Vol. 85, Nº 2, Zürich, Schulthess Verlag. 18.

205 Durrieu Figueroa, R. (2013), El delito tributario y el lavado de activos, en Alterini, J. (dir.), La Ley, Año LXXVII, Nº 87, 14 de mayo, Buenos Aires. 1.

realizada en octubre de 2009. Para aquella data los estándares vinculados al lavado de activos habían sido reformulados el 2003, mientras que los relativos al financiamiento del terrorismo lo fueron el 2008. En tal sentido, en el plenario de 2009, el GAFI acordó una lista de temas a ser considerados en la preparación de la cuarta ronda de evaluaciones mutuas que se desarrollaría en dos fases, durante un período de dos años[206].

La *primera fase*[207] de la discusión dirigida a la revisión de los estándares internacionales del GAFI incluyó fundamentalmente la siguiente temática: el enfoque basado en el riesgo y su vinculación con las Recomendaciones 1 (particularmente, los **delitos tributarios** como delitos susceptibles de dar base al lavado de activos), 5 (medidas de diligencia debida relativas al cliente), 6 (personas expuestas políticamente) y la 9 (la delegación –por parte de las instituciones financieras– de deberes de identificación y conocimiento del cliente a favor de terceros intermediarios). El documento emitido como consecuencia de esta primera fase de discusiones, precisa Blanco Cordero[208], fue sometido a consulta pública hasta enero de 2011.

La *segunda fase*[209] se llevó a cabo entre octubre de 2010 y junio de 2011, examinándose, entre otros aspectos, los siguientes: el enfoque basado en el riesgo en materia de supervisión, la propiedad efectiva de activos o titularidad real, incluyendo las Recomendaciones 5 (procedimientos de diligencia debida), 33 (medidas de transparencia de las personas jurídicas) y 34 (medidas de transparencia de estructuras jurídicas como los fideicomisos), las personas expuestas políticamente, la protección de datos y privacidad. Así también, la cooperación internacional en el contexto de la Recomendación 40 (medidas complementación de ayuda y colaboración intergubernamental) y la apli-

---

206 Financial Action Task Force (2010), Consultation Paper. *The Review of the Standards - Preparation for the 4th Round of Mutual Evaluations*, October 2010, GAFI/OECD. 3. Disponible en: http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/publicconsultation/First%20public%20consultation%20document.pdf.

207 Financial Action Task Force (2011), *Consultation Paper. The Review of the Standards - Preparation for the 4th Round of Mutual Evaluations*. Second public consultation, June 2011, GAFI/OECD. 4. Disponible en: http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/publicconsultation/Second%20public%20consultation%20document.pdf.

208 Blanco Cordero, I. (2015), *El delito de blanqueo de capitales*, 5ª ed., Navarra, Aranzadi. 468.

209 Financial Action Task Force (2011), *Consultation Paper*.... 4.

cación adecuada o inadecuada de las Recomendaciones del GAFI y el rol de las Unidades de Inteligencia Financiera.

El debate actual, acerca de la incorporación de los delitos tributarios como delitos fuente del blanqueo –de acuerdo con las recomendaciones del GAFI actualizadas al 2012–, como suele ocurrir con las disposiciones del *soft law* así de relevantes, ha tenido influencia en instituciones intergubernamentales como la Unión Europea. Así, el Parlamento y Consejo de la Unión han emitido el más reciente instrumento europeo en materia de prevención antiblanqueo: la Directiva (UE) 2015/849, del 20/May/2015 (relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo o la financiación del terrorismo –documento que modifica el Reglamento [UE] Nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y deroga las Directivas 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y 2006/70/CE de la Comisión–). En el apartado 11 de la Exposición de Motivos de la Directiva se señala que "es importante destacar expresamente que los «delitos fiscales» relacionados con los impuestos directos e indirectos están incluidos en la definición de «actividad delictiva» en sentido amplio con arreglo a la presente Directiva, de conformidad con las Recomendaciones revisadas del GAFI".

Por su parte, el Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT)[210], mediante el reciente Informe de diciembre de 2015 –en atención de las recomendaciones del GAFI actualizadas a 2012–, realizó un Estudio sobre las amenazas en materia de lavado de activos en Latinoamérica. Con respecto a la subregión andina (que agrupa al Perú junto con Colombia, Bolivia, Chile y Ecuador), identificó que los principales delitos fuente lo constituían el narcotráfico, la corrupción, los *delitos fiscales* –aunque no reprimible en algunos de dichos paí-

210 El Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT) es una organización intergubernamental de base regional que agrupa a 16 países de América del Sur, Centroamérica y América de Norte para combatir el lavado de dinero y la financiación del terrorismo. Su creación data del 08/Dic/2000 en Cartagena de Indias (Colombia), por parte de los representantes de los gobiernos de 9 países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay. Con posterioridad se incorporaron 7 países como miembros: México (2006), Costa Rica, Panamá (2010), Cuba (2012), Guatemala, Honduras y Nicaragua (2013). Destacan como observadores de dicha institución Alemania, el Banco Centroamericano de Integración Económica, el Grupo Asia-Pacífico contra el Lavado de Activos, INTERPOL, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, y Portugal y la OEA.

ses– y los delitos ambientales (principalmente, la minería ilegal)[211]. Por tanto, a nivel de los países latinoamericanos, se ha dado relevancia al carácter de delito previo de los delitos tributarios, constituyendo –según identifica el Informe de GAFILAT– uno de los principales actos delictivos que dan base al lavado.

1. PROBLEMÁTICA LEGISLATIVA

1.1 Derecho comparado

El Derecho comparado confirma que son varios los sistemas jurídicos que han incorporado a determinados delitos tributarios como delitos fuente del lavado de activos. Al respecto, identifica Díaz y García Conlledo[212], la tendencia internacional parece apuntar hacia la incorporación de estas modalidades delictivas como delito precedente apartir de diversos matices. Por regla general, su consideración de delito fuente dependerá que los delitos tributarios presenten características de gravedad o vínculos con el crimen organizado. Sin perderse de vista que, según hemos identificado, existen algunos sistemas jurídicos donde en apariencia sus leyes penales abarcarían al íntegro de los delitos fiscales como delitos subyacentes al lavado –razón por la cual algunos intérpretes proponen criterios de restricción a la aparente admisión integral de los delitos fiscales como delitos previos, recomendando su aceptación solo limitada a algunos de estos–.

En algunas legislaciones, los delitos tributarios únicamente de carácter grave[213] han sido expresamente establecidos en los preceptos sobre el delito previo, tal como sucede en **Alemania** (§ 261, apartado

211 Informe del GAFILAT denominado *"Análisis de amenazas regionales en materia de lavado de activos"*, de Dic/2015. Disponible en: http://www.gafilat.org/UserFiles/documentos/es/AnalisisAmenazasGAFILAT.pdf.

212 Díaz y García Conlledo, M. (2014), ¿Puede el delito de defraudación tributaria constituir actividad delictiva previa a efectos del blanqueo?, en Demetrio Crespo, Eduardo (dir.) / Maroto Calatayud, Manuel (coord.), Crisis financiera y derecho penal económico, Montevideo, BdF. 614.

213 Blanco Cordero, I. (2015), *El delito de blanqueo...*. 493.

1, núm. 3[214], del StGB), **Suiza** (art. 305bis, apartado 1[215], del CP) y **Bél-**

214 CP alemán, § 261, frase 1, núm. 3 (Blanqueo de capitales, ocultación de elementos patrimoniales adquiridos ilegalmente): "*1) Quien esconda u oculte el origen de un bien procedente de uno de los hechos delictivos descritos en la frase 2 siguiente, o quien impida u obstaculice la investigación del origen, la localización, incautación, confiscación o constitución de garantías sobre tal bien, será sancionado con una pena de privación de libertad de entre 3 meses y 5 años*.[Traducción de Martínez Egaña, D. (2011), "El delito fiscal y el delito de blanqueo de capitales en Alemania", en CT, Nº 141, Madrid, IEF. 174-175]. En consecuencia, se aprecia que el CP alemán (§ 261, frase 1, núm. 3) incorpora como delitos susceptibles de dar lugar al lavado de activos a determinados delitos fiscales previstos en el Código Tributario, tales como el § 373 (contrabando efectuado de forma profesional) y el § 374 (receptación fiscal de mercancías). Conforme sostiene Isidoro Blanco, "la norma penal alemana concreta mucho más la cuestión, y advierte en el último párrafo del nº 1 § 261 StGB que «El primer párrafo se aplicará en los casos de defraudación fiscal cometidos profesionalmente o de forma organizada (en banda), según el § 370 del Código tributario, respecto a los gastos ahorrados por la defraudación fiscal y las compensaciones y devoluciones de impuestos obtenidas indebidamente, así como en los casos del segundo inciso del párrafo 3, también respecto de los bienes por los que se hayan defraudado impuestos»", Cfr. Blanco Cordero, I. (2015), *El delito de blanqueo*.... 498. Dicho análisis es también razonado por el Tribunal Supremo en la STS Nº 974/2012 (del 05/Dic/2012, FJ 37º-2º-C, Ponente: Berdugo Gómez de la Torre. Caso «Ballena Blanca»). Para un estudio sobre el delito tributario previo y su problemática en Alemania, Ambos, K. (2015), "La defraudación tributaria como hecho previo del lavado de dinero en Alemania", en Ambos, K. / Caro Coria, C. / Malarino, E. (dir.), *Lavado de activos y compliance*, Lima, Jurista Editores, 293-294. Considerando que los únicos delitos tributarios idóneos para calificar como hecho delictivo previo son la obtención indebida de devoluciones y de crédito fiscal, Cfr. Tiedemann, K. (2010), *Manual de derecho penal económico. Parte general y especial,* Valencia, Tirant lo Blanch. 345-346.

215 CP suizo, art. 305bis (Blanchiment d'argent): *"1) Aquel que haya cometido un acto dirigido a dificultar la identificación del origen, el descubrimiento o la confiscación de valores patrimoniales (activos), sobre los cuales sabía o debía presumir que procedían de un crimen o de un delito fiscal agravado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 3 años o con una pena pecuniaria"* (Traducción libre). El CP suizo fue modificado por la Ley Federal del 12/Dic/2014, Ley mediante la cual se implementaron las Recomendaciones del GAFI revisadas en 2012. En lo que atañe al delito de lavado de activos, la modificación del art. 305bis, apartado 1, entró en vigencia el 01/Ene/2016. De acuerdo con lo precisado por Úrsula Cassani, desde que el art. 305bis fue puesto en vigor (el 01/Ago/1990), la represión del lavado de activos se limitaba únicamente a los valores patrimoniales nacidos del "crimen", no así los procedentes del "delito" (en esta diferenciación con base en la gravedad de las *penas,* los *crímenes*

gica (art. 505, sétimo párrafo[216], del CP). En similar sentido, en **Chile** por disposición legal (art. 27, lit. a[217], de la Ley N° 19.913, actualizada por la Ley N° 20.818), se incorporó al delito de obtención fraudulenta de devoluciones de impuesto (previsto en el art. 97, N° 4, tercer párrafo[218], del Código Tributario) como delito fuente del lavado, mas no

---

son reprimidos con penas privativas de libertad superiores a tres años, mientras que los *delitos* lo son por debajo de dicha penalidad). En el Anteproyecto formulado por el Consejo Federal, que fue aprobada por la reseñada Ley Federal (del 12/Dic/2014), se propuso ampliar el texto del art. 301bis, apartado 1, del CP suizo con el fin de incorporar como objeto del lavado tanto a los activos *"proveniente(s) de un crimen"*, como aquellos que provengan de *"un delito fiscal cualificado"*. A su vez, en el apartado 1bis, el legislador suizo concreta la amplitud de dicho delito fuente de procedencia tributaria, disponiendo que serán considerados como "delito fiscal cualificado", las infracciones previstas en el art. 186 de la Ley Federal sobre el Impuesto Federal Directo, y en el art. 59, apartado 1, primer párrafo, de la Ley Federal sobre la Armonización de los Impuestos Directos de los Cantones y Municipios (ambas normas, del 14/Dic/1990), siempre que los impuestos deducidos por período fiscal asciendan a más de CHF 300,000 francos suizos. Para más detalles, Cfr. Cassani, U. (2015), "L'extension du système de lutte contre le blanchiment d'argent aux infractions fiscales: Much Ado About (Almost) Nothing", en RSDAMF, Vol. 87, Nº 2, Zürich, Schulthess Verlag. 80.

216 CP belga, art. 505, sétimo párrafo: *"Será reprimido con prisión de 15 días a 5 años y multa de € 26 a € 100,000 o una de estas penas: [...] Salvo en el caso del autor, coautor o cómplice del delito de donde provienen las cosas mencionadas en el art. 42° 3, los delitos citados en el apartado 1, 2 y 4, se refieren exclusivamente, en materia tributaria, a los actos cometidos en un contexto de fraude fiscal grave, organizado o no"* (Traducción libre). Sobre esta cuestión, Delrue, G. (2014), *Le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme*, 2ème éd., Anvers, Malku Uitgevers. 109; Fernandez-Bertier, M. / Lecocq, A. (2015), "La Belgique face à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorismo: 4e rapport d'évaluation mutuelle par le GAFI", en ReDPC, Nº 7-8, Bruxelles, Palais de Justice - La Charte. 767.

217 Ley chilena Nº 19.913 (actualizada por Ley Nº 20.818), art. 27, lit. a: *"Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de 200 a 1,000 unidades tributarias mensuales: a) El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados [...] en el párrafo tercero del número 4º del artículo 97 del Código Tributario"*.

218 Código Tributario chileno (Decreto Ley Nº 830), art. 97, núm. 4: *"Las siguientes infracciones a las disposiciones tributarias serán sancionadas en la forma que a continuación se indica: Las siguientes infracciones a las disposiciones tributarias serán sancionadas en la forma que a continuación se indica: [...] 4º.- [...] (párrafo tercero) El que,*

así el delito de defraudación fiscal –o elusión fraudulenta del pago de tributos–. Finalmente –según hemos referido–, en otros ordenamientos las disposiciones legales parecieren contemplar sin mayores distinciones a los delitos tributarios de defraudación como delitos fuente, cual es el caso de **Portugal** que incorpora genéricamente al *"fraude fiscal"* como actividad criminal previa (art. 368-A, inc. 1[219], del CP). Situación similar, aunque evidentemente con un mayor ámbito de alcance, ocurriría en el **Perú** al establecerse –dentro de las actividades criminales previstas como delito previo (art. 10, segundo párrafo del DLeg Nº 1106)– que los *"delitos tributarios"* pueden dar base al delito de lavado.]Debemos, sin embargo, precisar que otros ordenamientos jurídicos no han hecho alusión explícita a los delitos tributarios como delitos precedentes. Antes bien sus intérpretes –desde diversos sectores de la doctrina y jurisprudencia– han considerado que la idoneidad de los delitos fiscales (para constituirse en delito subyacente) puede desprenderse de la propia estructura típica de sus regulaciones penales, tomando como base su no explícita exclusión. Tal es el caso del elemento *"producto directo o indirecto de un crimen o de un delito"* previsto en el CP de **Francia** (art. 324-1[220]), conforme al criterio compartido por Tricot y Binet-Grosclaude[221] y por la Sentencia de Casación Nº 07-82977 de la Sala Penal del Tribunal Supremo Francés[222] Por su

---

simulando una operación tributaria o mediante cualquiera otra maniobra fraudulenta, obtuviere devoluciones de impuesto que no le correspondan, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio y con multa del 100% al 400% de lo defraudado".

219 CP portugués, art. 368-A, apartado 1 (Branqueamento): *"1º.- A los efectos de lo dispuesto en los siguientes números, se consideran activos o bienes procedentes de la práctica, bajo cualquier forma de participación, de los actos típicos de proxenetismo [...] fraude fiscal [...]"* (Traducción libre).

220 CP francés, art. 324-1 (Blanchiment): *"Constituye delito de blanqueo facilitar, por cualquier medio, una justificación falsa acerca del origen de los bienes o ingresos del autor de un crimen o de un delito, cuando le haya reportado al autor un provecho directo o indirecto. También constituye delito de blanqueo el hecho de colaborar en una operación de inversión, de encubrimiento o de conversión del producto directo o indirecto de un crimen o delito".* Traduc. de Aránguez Sánchez, C. / Alarcón Navío, E. (2003), El Código penal francés. Traducido y anotado, Granada, Comares. 181.

221 Tricot, J. / Binet-Grosclaude, A. (2013), La lutte contre le blanchiment en France, en Cesoni, M. L. (dir.)

222 Sentencia de Casación Nº 07-82977 (del 20/Feb/2008), emitida por la Sala Penal del Tribunal de Casación de Francia. Casación dirigida contra la resolución condenatoria emitida por el Tribunal de Apelación de Aix-en-Provence (del 28/Mar/2007).

parte, en **Italia**, tal planteamiento es similarmente seguido por Buratti y Campana[223], con respecto al elemento típico "*dinero, bienes u otros beneficios procedentes del delito doloso*" previsto en su CP (art. 648-bis[224]). Sobre esta cuestión, estos autores sostienen que con la modificación del art. 648-bis, efectuada por la Ley Nº 328/1993 (del 09/Ago/1993), el legislador italiano abandonó el criterio del *numerus clausus* en la determinación legal del delito previo. Por lo que, a partir del sistema amplio vigente en el CP de dicho Estado, todos los delitos dolosos pueden dar lugar al lavado de activos. Esta consideración ha sida confirmada por el Tribunal Supremo Italiano en múltiples resoluciones, particularmente en la Sentencia Nº 6061/2012. Conforme precisa la citada Casación, "únicamente se encuentran excluidos del ámbito de aplicación del art. 608-bis, las contravenciones y los delitos imprudentes; por tanto, todos los delitos dolosos, inclusive los delitos de fraude fiscal, son idóneos para constituirse en delito previo"[225].

De modo similar, el legislador de **Argentina** alude al origen de los *"bienes provenientes de un ilícito penal"* (art. 303[226] del CP). Mientras que, en el caso de **Brasil**, la normativa penal hace referencia a los activos procedentes de la *"infracción penal"* (art. 1 de la Ley Nº 9.613[227], modi-

Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018338279&fastReqId=748356780&fastPos=1.

223 Buratti, B. / Campana, G. (2012), *Contrasto al riciclaggio e misure anti evasione. Le nuove limitazioni alla circolazione dei capitali*, San Marino, Maggioli Editore. 51.

224 CP italiano, art. 648-bis (Riciclaggio): *"Fuera de los casos de concurso en el delito, aquel que sustituye o trasfiere dinero, bienes u otros beneficios procedentes del delito doloso, o efectúa con relación a estos otras operaciones, a fin de obstaculizar la identificación de su procedencia delictiva, será reprimido con pena de prisión de 4 a 12 años y con multa de € 5,000 a € 25,000* (Traducción libre).

225 Sentencia de Casación Nº 6061/2012 (del 17/Ene/2012, FJ 3), emitida por la Sección Segunda de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Italia. Disponible en: http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpen&id=./20120217/snpen@s20@a2012@n06061@tS.clean.pdf.

226 CP argentino, art. 303, inc. 1: *"Será reprimido con prisión de 3 a 10 años y multa de 2 a 10 veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil ($ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí".*

227 Ley 9.612, art. 1 (Dos Crimes de "Lavagem" ou Ocultação de Bens, Direitos e

ficada por la Ley Nº 12.683). De ambos sistemas legales se aprecia la falta de una expresa declaración acerca de que los delitos tributarios constituirían *predicate offences*, lo que ha motivado que la doctrina adopte posición frente al asunto. En el caso argentino, autores como Durrieu Figueroa[228] y Borinsky[229] sostienen que la reforma de 2011 del delito de lavado de dinero (dispuesta mediante la Ley 26.683, del 21/Jun/2011), no varió la fórmula contenida en la norma derogada, señalando que el delito previo al del lavado de dinero puede incluir a cualquier delito, incluso los delitos fiscales. Este planteamiento es, sin embargo, contradicho por autores como Díaz[230], quien considera inviable que la defraudación tributaria pueda ser calificada como delito fuente, por una supuesta carencia de objeto material. Además, con respecto al sistema brasileño, Bitencourt y De Oliveira[231] sostienen que con su actual reforma (establecida mediante Ley Nº 12.683), al reemplazarse el sistema del catálogo por uno abierto, los delitos fiscales pueden constituirse en delito precedente.

En **España** la problemática es similar a la de estos últimos ordenamientos. El art. 301 del CP establece que los bienes objeto del blanqueo han de tener origen en una *"actividad delictiva"*, lo cual ha motivado opiniones contrapuestas en la doctrina. En primer lugar, un sector[232]

Valores): *"Ocultar o disimular la naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o propiedad de los bienes, derechos o valores procedentes, directa o indirectamente, de una infracción penal"* (Traducción libre).

228 Durrieu Figueroa, R. (2013), El delito tributario y el lavado…. 1 (nota 16).

229 Borinsky, M. (2014), *Fraude fiscal. Un estudio histórico, comparado, de derecho penal, tributario, económico y sociológico*, Buenos Aires, Ediciones Didot. 425.

230 Díaz, V. (2012), La exégesis del delito de lavado de dinero y la desvinculación con el delito fiscal, en Bertazza, H. / D'Álbora, F. (dirs.), *Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo. Prevención, investigación y represión,* Tomo I, Buenos Aires, La Ley. 290. Expresando que el debate sobre considerar a los delitos de fraude fiscal como previos al lavado sigue aún abierto, Cfr. Córdoba, F. (2015), *Delito de lavado de dinero*, Buenos Aires, Hammurabi. 187.

231 Bitencourt, C. R. / De Oliveira Monteiro, L. (2013). Lavagem de dinheiro segundo a legislação, en RBCCrim, Año 21, Vol. 102, maio-junho, São Paulo, Dos Tribunais Ltda. 185-186.

232 Aránguez Sánchez, C. (2000), *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons. 187; Palma Herrera, J. M. (2000), *Los delitos de blanqueo de capitales,* Madrid, Edersa. 274; Abel Souto, M. (2005), *El delito de blanqueo de capitales*, Barcelona, Bosch. 224; Campos Navas, D. (2005), *Lavado de dinero y delito fiscal. Posibilidad de que delito fiscal sea el delito precedente al de blanqueo*, en *La Ley: Revista jurídica*

considera que la defraudación tributaria (delito de fraude fiscal) es idónea para constituirse en actividad delictiva previa del blanqueo, considerando a la cuota tributaria defraudada como el objeto material de este último. Esta postura ha sido asumida y desarrollada por el Tribunal Supremo español, particularmente, en la STS **Nº 974/2012** (del 05/Dic/2012; caso "Ballena Blanca") y la STS Nº **182/2014** (del 11/Mar/2014). En contradicción con este planteamiento, la línea opuesta de la doctrina[233] considera, con diferentes matices argumentativos –a

española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 5, Madrid, La Ley. 1405. Es conveniente precisar que ambos autores formularon el planteamiento reseñado, con antelación a la reforma de 2010 del CP español (LO 5/2010, de 22 de junio), así como de la emisión de la vigente Ley de prevención del blanqueo de capitales (Ley 10/2010, de 28 de abril). Particularmente, en el caso de Daniel Campos, consideró que ya desde la reforma de 2003 (por la que se reformó el art. 301 del CP español, aludiéndose al "delito" en general como actividad previa idónea para producir bienes objeto del blanqueo), se podía admitir a todos los delitos fiscales como delitos fuente. Además de estos autores, han desarrollado con amplitud el planteamiento que reconoce el carácter de delito previo de la defraudación fiscal, Domínguez Puntas, A. (2011), Delito fiscal y blanqueo…. 291; Blanco Cordero, I. (2011), El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC), Nº 13-1, Universidad de Granada. 20-24; Mallada Fernández, C. (2012), Blanqueo de capitales y evasión fiscal, Valladolid, Lex Nova. 174-176; Serrano González De Murillo, J. L. (2013), *Delito fiscal y bienes con origen en actividad delictiva como objeto de blanqueo,* en Cuadernos de Política Criminal, Nº 111, Año III, Madrid, Dykinson. 83-84; García Bañuelos, J. A. (2015), *El delito fiscal como actividad delictiva previa del delito de blanqueo de capitales*, en QF, Nº 1-2, Navarra, Aranzadi. 107-109.

233 Quintero Olivares, G. (2006), *El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo*, en AJA, Nº 698, del 17 de abril, Navarra, Aranzadi. 1; Córdoba Roda, J. (2006), Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales, Madrid, Marcial Pons. 63; Reque Mata, Susana (2009), *¿Puede considerarse el delito fiscal delito previo al delito de blanqueo de capitales?*, en I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero, Valencia, Tirant lo Blanch. 287; Fernández Teruelo, J. (2010), *Capítulo 14: Blanqueo de capitales*, en Ortiz De Urbina Gimeno, Íñigo (coord.), Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley orgánica 5/2010, Madrid, Francis Lefebvre. 325; Choclán Montalvo, J. A. (2011), *La aplicación práctica del delito fiscal: Cuestiones y soluciones. Adaptado a la Reforma penal de la L.O.* 5/2010, Barcelona, Bosch. 338-339; Manjón-Cabeza Olmeda, A. (2012), *Un matrimonio de conveniencia: blanqueo de capitales y delito fiscal*, en RDP, Año XII, Nº 37, Valladolid, Lex Nova. 37; Fernández Junquera, M. (2012), *Defraudación fiscal, blanqueo de capitales y regularización tributaria*, en REDF, Nº 155, julio-setiembre, Navarra, Aranzadi. 33; Luzón Campos, E.

nuestro juicio, no definitivos, según argumentaremos–, que la cuota tributaria sería inidónea para ser objeto de lavado, con ello, desde dicha posición, sería dogmáticamente inviable concebir a la defraudación fiscal como delito fuente del blanqueo. Este último sector reconoce, conviene precisarlo, como indubitable que determinados delitos tributarios –de estructura distinta a la defraudación fiscal– sí son idóneos para ser considerados como delitos previos: es el caso de aquellos delitos que presentan una tipología similar a la estafa, tales como la *obtención indebida de devoluciones* o de *beneficios fiscales* o el *fraude de subvenciones.*

En relación con el caso español, desde la puesta en vigor de la Ley 10/2010, del 28 de abril (Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo), con mayor claridad se ha reconocido que "para efectos de dicha Ley" se entenderá por bienes procedentes de la actividad delictiva a *"todo tipo de activos... con inclusión de la «cuota defraudada» en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública"* (art. 1, inc. 2, penúltimo párrafo). No deja de llamar la atención que, durante la discusión del Anteproyecto de dicha norma administrativa, algunos operadores jurídicos pretendieron encontrar en dicha normativa sectorial un criterio "vinculante" para el delito de blanqueo. En efecto, en sendos informes al Anteproyecto de dicha Ley, tanto el Consejo Fiscal de España[234] como el Consejo General del Poder Judicial[235], calificaron

(2012), *Blanqueo de cuotas defraudadas y la paradoja McFly*, en diario La Ley, Sección Tribuna, Nº 7818, Año XXXIII, del 14 de marzo, Ref. D-120, Madrid, Editorial La Ley. 2; Chico De La Cámara. (2012), *El delito de defraudación tributaria tras la reforma del Código penal por la LO 5/2010,* Navarra, Aranzadi. 172-173; Del Rosal Blasco, B. (2013), *Delito fiscal y blanqueo de capitales: perspectivas ante la nueva reforma del tipo básico del delito fiscal*, en diario La Ley. Sección Doctrina, Año XXXIV, Nº 8017, de 6 de febrero, Ref. D-45, Madrid, Editorial La Ley. 5; Martín Queralt, J. B. (2014), *"Delito fiscal y blanqueo de capitales"*, en García Prats, A. (dir.), *Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal*, Madrid, IEF. 33; Sánchez Stewart, N. (2014), *La declaración tributaria especial y el blanqueo de capitales*, en REDS, Nº 4, enero-junio, 2014, Madrid, Dykinson. 6; Díaz y García Conlledo, M. (2014), *¿Puede el delito de defraudación tributaria...?*. 611; Carrión Morillo, D. (2015), *Una aproximación a los problemas actuales del blanqueo de capitales y el delito fiscal*, en REJ, 2ª época, Nº 15, UJ. 13.

234 Fiscal General del Estado (2009), *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de Prevención del Blanqueo de capitales y de la Financiación del terrorismo, del 28 de setiembre*, Madrid. 4.

235 Consejo General del Poder Judicial (2009), *Informe al Anteproyecto de Ley de Preven-*

tal propuesta normativa como positiva para la persecución del blanqueo de los bienes derivados del delito fiscal, como también para la exclusión de interpretaciones doctrinales contradictorias a dicha consideración.

En adición a lo expresado por tales instituciones, un sector doctrinal consideró que dicha normativa administrativa tiene fundamento "aclarativo". Así, Mallada Fernández sostiene que mediante la Ley 10/2010 (art. 1, inc. 2, penúltimo párrafo), "el legislador simplemente quería aclarar las posibles dudas que podrían surgir en la doctrina y en la jurisprudencia a la hora de interpretar y aplicar estos preceptos" (Mallada Fernández, 2012,172). Sin embargo, según nuestro parecer, tales argumentos, así como los expresados por las referidas instituciones públicas, hacen concluir precisamente en todo lo contrario. Es la propia norma la que califica a la cuota tributaria como susceptible de blanqueo, pero *"para efectos de dicha Ley"*. Es decir, que es idónea para dar base al ilícito administrativo del blanqueo regulada y sancionada en dicha norma. Conviene, por ello, analizar si dicha precisión de contenido administrativo puede ir más allá de la norma preventiva, anulando que la cuota tributaria defraudada pueda tener también relevancia penal (como objeto material del lavado procedente de delitos fiscales). La norma administrativa no puede ni incluir ni excluir al delito de blanqueo, sin que antes se infrinja el principio de reserva de ley. El que cuota tributaria sea un bien susceptible de ser administrativamente blanqueado, y que los actos que se efectúen sobre sí puedan configurar una ilicitud administrativa, no excluye como tampoco incluye al blanqueo delictivo de la cuota tributaria. En suma, la afirmación o negación de los delitos fiscales –con particular incidencia, en la defraudación tributaria– como delitos previos no depende de norma administrativa alguna[236]. Sino, antes bien, de la estructura delictiva prevista en el art. 301 del CP español. En este tipo penal se hace referencia a que los bienes han de proceder de una *"actividad delictiva"* (Blanco Cordero, 2015, 491) como sin duda lo es la defraudación fiscal. Sin embargo, este último argumento, que puede ser considerado como de carácter formal, no se erige como el fundamento esencial que justifica la calificación del delito de fraude tributario como delito fuente.

---

ción del Blanqueo de capitales y de la Financiación del terrorismo, del 29 de setiembre, Madrid. 63.

236 A. Martínez-Arrieta Márquez de Prado, I. (2014), *El autoblanqueo. El delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales,* Valencia, Tirant lo Blanch. 22.

Finalmente, concluyendo este apartado, existen Estados donde es impune el lavado de activos procedentes de delitos tributarios, como es el caso de **Uruguay**[237] y **Panamá**. Debemos no obstante precisar que en estos países se reprime el blanqueo de bienes derivados de delitos de contrabando –en ambos Estados– y aduaneros –solo en el segundo–. Por tanto, en estos ordenamientos jurídicos, caracterizados por el empleo del sistema del catálogo o de *numerus clausus* en la determinación del delito fuente, se constata la ausencia de los delitos tributarios como hechos precedentes susceptibles de dar lugar al lavado de activos.

2. REGULACIÓN EN EL PERÚ

Desde la puesta en vigor de la Ley Nº 27765 (del 27/Jun/2002) el sistema penal peruano incorporó a la **"defraudación tributaria"** –conducta delictiva prevista, junto a sus modalidades, en los arts. 1 al 4 de la Ley Penal Tributaria (DLeg Nº 813, del 19/Abr/1996)– como delito precedente, sin hacer expresa distinción de entre sus varias modalidades de realización típica. Si bien las propuestas legislativas que motivaron el debate y posterior aprobación de dicha Ley (Proyectos de Ley Nº 01084-2001/CR, del 22/Oct/2001, y Nº 01931-2001/CR, del 30/Ene/2002) no contemplaron expresamente a la "defraudación tributaria" como delito fuente. Sin embargo, sí fue incluida como tal en el Texto Sustitutorio de los aludidos Proyectos de Ley, conforme al correspondiente Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de la República del Perú (del 08/May/2002).

Los contornos ya amplios de dicho delito fuente –la defraudación tributaria–, inalterados durante 10 años, fueron expandidos aún más por el Poder Ejecutivo al emitir, vía delegación congresal, el DLeg Nº 1106 (del 19/Abr/2012). Esta norma, al derogar la Ley Nº 27765, reemplazó –en su art. 10, segundo párrafo– la referencia al delito de "defraudación tributaria" por la más genérica expresión **"delitos tributarios"**, sin que puedan identificarse las razones de dicha modificatoria ni en el texto de la norma referida, ni en la Ley autoritativa Nº 29815 (del 22/Dic/2011)[238]. Es probable que, durante la actividad legislativa

237 En un tratamiento más amplio, Galain Palermo, P. (2015). Lavado de activos en Uruguay: Una visión criminológica, en Ambos, K., Caro Coria, C. y Malarino, E. (coords.), *Lavado de activos y compliance*, Lima, Jurista Editores. 334.

238 Ley Nº 29815 (del 22/Dic/2011), Ley autoritativa con la cual se delegó la facultad legislativa al Poder Ejecutivo y fundamentó la emisión del DLeg Nº 1106 –Decreto

delagada en favor del Poder Ejecutivo, se haya empleado la versión actualizada en febrero de 2012 de las Recomendaciones del GAFI (emitida apenas dos meses después de la autorización de la facultad de legislar, y dos meses antes de la promulgación del DLeg Nº 1106). Como se ha tenido ocasión de explicar, en la versión de 2012, a diferencia de su inmediata anterior –la de 2003–, el GAFI incorporó explícitamente en su glosario de definiciones, y por vez primera, a los "delitos tributarios" como hecho base del lavado de activos. De ser el caso que este aspecto de la reforma del delito de lavado tuvo por base las novedades procedentes del *soft law,* hubiere merecido una justificación razonable y, sobre todo, transparente en el texto del DLeg Nº 1106.

En tal sentido, ya decidida la incorporación de los "delitos tributarios" como actividad criminal fuente del lavado, todavía existen escasos pronunciamientos de la doctrina peruana en el sentido de negar o admitir que la "defraudación tributaria" pueda constituirse en delito precedente. En términos generales, entre quienes rechazan que la defraudación tributaria por elusión del pago de tributos pueda configurarse en delito fuente, se encuentran Gálvez Villegas[239] y García Cavero[240]. Debemos precisar, sin embargo, que ambos autores admiten –de forma similar al modo como se presenta la discusión en España– que determinados delitos tributarios son idóneos para constituirse en delito precedente. Es el caso de los delitos de no entrega indebida de retenciones o percepciones tributarias (art. 2, lit. b[241], de la Ley Penal Tributaria), y del delito de obtención fraudulenta de devoluciones o beneficios fiscales (art. 4, lit. a[242], de dicha norma). Finalmente, desde

---

Legislativo de Lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados con la minería ilegal y el crimen organizado–.

239 Gálvez Villegas, T. (2014), *El delito de lavado de activos, Lima, Instituto Pacífic* 104 y ss; Él mismo (2009), *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales.* Análisis de la Ley Nº 27765, Lima, Jurista Editores. 86.

240 García Cavero, P. (2015), *El delito de lavado de activos*, Lima, Jurista Editores.

241 Conforme al art. 2, lit. b, de la Ley Penal Tributaria (DLeg Nº 813, del 19/Abr/1996): *"Son modalidades de defraudación tributaria reprimidas con la pena del artículo anterior: (...)*

b) ***No entregar*** *al acreedor tributario el monto de las retenciones o percepciones de tributos que se hubieren efectuado, dentro del plazo que para hacerlo fijen las leyes y reglamentos pertinentes".*

242 De acuerdo con el art. 4, lit. a, de la Ley Penal Tributaria (DLeg Nº 813, del 19/Abr/1996): *La defraudación tributaria será reprimida con pena privativa de libertad no menor de 8 ni mayor de 12 años... cuando:*

la perspectiva opuesta, otro sector considera que no existe inviabilidad dogmática para concebir a la defraudación tributaria como delito fuente. En esta posición se sitúan Caro Coria[243] y, sobre la base de la previsión legal, Hinostroza Pariachi[244].

3. POSTURAS SOBRE LA PRESUNTA INADMISIBILIDAD DE LA DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA COMO DELITO FUENTE

3.1 Ausencia de objeto material por licitud de los activos

Uno de los principales argumentos sostenidos por quienes consideran como inadmisible que la defraudación tributaria constituya delito fuente radica en la presunta ausencia del objeto material (esto es, que los bienes han de tener origen delictuoso). Dado que en los arts. 1, 2 y 3 del DLeg Nº 1106 el legislador peruano exige que los actos de lavado se ejerzan sobre bienes de *"origen"* delictivo (activos *"producidos"* o *"generados"* por una actividad criminal previa), a criterio de esta argumentación, el defraudador tributario no origina –no produce o genera– ni obtiene causalmente algo que antes –de dicho delito– no hubiere tenido ya. Antes bien, aquel tendría en su esfera de dominio bienes originados en actividades económicas lícitas (aunque no tributadas). De modo que la cuota tributaria impaga no estaría originada en el delito de defraudación tributaria, sino situada lícitamente en el patrimonio del sujeto, al haber sido obtenida mediante actividades mercantiles u otras de carácter legal. Por lo que los activos –según considera este sector doctrinal– al carecer de "ilicitud", devienen en inidóneos como objeto material del lavado. En suma, la falta del objeto típico demostraría la inviabilidad de un pretendido delito de lavado.

En el Perú –adoptando la postura de un sector de la doctrina española–, Gálvez Villegas señala que "asumiendo los criterios de Choclán Montalvo y Quintero Olivares, hemos sostenido que en los delitos de

*a) **Se obtengan** exoneraciones o inafectaciones, reintegros, saldos a favor, crédito fiscal, compensaciones, devoluciones, beneficios o incentivos tributarios, simulando la existencia de hechos que permitan gozar de los mismos.*

243 Caro Coria, C. (2015), "Lavado de activos provenientes del delito tributario", en Ambos, Kai / Caro Coria, Carlos / Malarino, Ezequiel (coords.), *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*, Lima, Jurista Editores. 155-156.

244 Hinostroza Pariachi, C. (2009), *El delito de lavado de activos*, Lima, Grijley. 179-180.

omisión, como en los casos de delitos tributarios cometidos al dejar de pagar determinada obligación tributaria, resulta discutible si la cantidad dejada de pagar, y que permanece en el patrimonio del agente, constituye objeto, efectos o ganancias del delito… en este caso el dinero no ha sido producido o ganado con la omisión del pago (comisión del delito tributario); pues este dinero se ha obtenido por otros medios lícitos, y, por lo tanto, sobre ellos el agente tiene titularidad" Gálvez Villegas (2014, 104). En similar sentido, Alpaca Pérez sostiene que la defraudación tributaria "no puede constituirse como un delito previo del delito de lavado de activos. La cantidad dineraria que ha sido dejada de pagar de manera fraudulenta (la cuota defraudada) no tiene un origen en el delito de defraudación tributaria: su origen puede ser uno absolutamente lícito (producto de su actividad laboral regular, por ejemplo)"[245].

En España, una línea de opinión –representada por Córdoba Roda[246], Fernández Teruelo[247], Luzón Campos[248], Fernández Junquera[249], del Rosal Blasco[250], Martín Queralt[251] y Carrión Morillo[252] – considera que la defraudación tributaria carecería de idoneidad para configurarse en delito fuente, debido a que los bienes –objeto de las diversas conductas incriminadas como blanqueo– no tendrían un origen delictivo. Antes bien, se trataría de activos de procedencia lícita, explicable en actividades comerciales, mercantiles u otras legales capaces de producir rendimientos económicos[253]. Al respecto, Choclán Montalvo considera que "el hecho del que traen causa los bienes debe ser típico y antijurídico. No lo es, por ejemplo, un negocio jurídico lícito, por mucho que con ocasión de ese negocio se devengue un impuesto, posteriormente

245 Alpaca Pérez, A. (2016), Delincuencia organizada, delitos tributarios y lavado de activos, en Zúñiga Rodríguez, L. (dira) / Mendoza Llamacponcca, F. (coord.), *Ley contra el Crimen organizado (Ley Nº 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal*, Lima, Instituto Pacífico. 631.

246 Córdoba Roda, J. (2006), *Abogacía, secreto profesional…*. 63-64.

247 Fernández Teruelo, J. (2010), Capítulo 14: Blanqueo…. 325.

248 Luzón Campos, E. (2012), Blanqueo de cuotas defraudadas…. 2-4.

249 Fernández Junquera, M. (2012), Defraudación fiscal, blanqueo de capitales…. 24 y 33.

250 Del Rosal Blasco, B. (2013), Delito fiscal y blanqueo…. 5.

251 Martín Queralt, J. B. (2014), Delito fiscal y blanqueo…. 33.

252 Carrión Morillo, D. (2015), Una aproximación a los problemas…. 13.

253 En Argentina, esta argumentación es sostenida, entre otros, por Díaz, V. (2012), La exégesis del delito de lavado…. 290.

eludido. No puede apreciarse delito de blanqueo de capitales cuando el origen de los fondos es conocidamente lícito”[254]. En el mismo sentido, Quintero Olivares asevera que debe existir una relación de causa-efecto entre el delito fuente y los bienes que este produce, de modo tal que el autor obtenga “algo que no tenía antes del delito y que es valioso en términos de dinero”[255]. Finalmente, Díaz y García Conlledo concluye en lo problemático de aceptar “que lo defraudado en el delito fiscal citado pueda ser considerado «bienes» sobre los que recaigan las conductas típicas”[256].

3. 2 Atipicidad por imposibilidad de individualización de la cuota tributaria defraudada dentro del patrimonio lícito

También se ha considerado inviable la tipicidad del lavado procedente de la defraudación tributaria, a partir de las dificultades surgidas en la ineludible labor de individualización de la cuota tributaria defraudada dentro del patrimonio lícito del agente. Al respecto, en el Perú, señala García Cavero que “lo complicado está más bien en los delitos que simplemente ahorran un gasto, como sucede, por ejemplo, con la defraudación tributaria. En este caso no es posible individualizar dentro del patrimonio del autor la parte que corresponde al egreso no realizado como consecuencia del delito... Por lo tanto, no sería posible la comisión de un delito de lavado de activos”[257].

En efecto, limita ilegítimamente la libertad de acción, y el derecho a la propiedad, decidirse que el íntegro del patrimonio del autor se ve contaminado por el solo hecho que se ha incorporado a este activos de origen delictivo. Sería, pues, absurdo considerar que los bienes de origen no delictivo fueren –junto a los de fuente delictuosa– objeto del delito de lavado de activos. Sin embargo, la confusión de bienes de origen lícito con los de procedencia criminal, que motiva la discusión acerca de si el íntegro del patrimonio se ve contaminado, *no es un problema privativo al delito de defraudación tributaria*[258]. Esta cuestión no es intrínseca y excluyente de la defraudación, sino que se presenta

254 Choclán Montalvo, J. A. (2011), *La aplicación práctica*.... 337.

255 Quintero Olivares, G. (2006), El delito fiscal y el ámbito material.... 6.

256 Díaz y García Conlledo, M. (2014), ¿Puede el delito de defraudación tributaria...?. 624-625.

257 García Cavero, P. (2015), *El delito de lavado*.... 121.

258 Serrano González de Murillo, J. L. (2013), *Delito fiscal y bienes*.... 86-87.

en cualquier delito fuente cuyos rendimientos económicos (principalmente, dinero) hayan sido mezclados con patrimonios lícitos. En consecuencia, considerar que la supuesta imposibilidad para individualizar la parte correspondiente al egreso que no se efectuó a favor del Estado, como sustento para descalificar a la defraudación tributaria como delito previo, constituye a nuestro juicio un argumento que soslaya o elude que esta misma problemática se presenta en todo delito fuente. Por tanto, no añade nada que justifique tal rechazo.

En suma, las dificultades para individualizar e identificar razonablemente los activos de procedencia delictiva y su diferenciación del resto del patrimonio lícito, se presentan en todos los delitos precedentes –por ejemplo, se tiene el mismo problema en el caso de activos procedentes del narcotráfico que se encontraban ingresados en una cuenta bancaria en la que existían adicionalmente fondos de origen legal–, aun cuando en el caso de la defraudación tributaria existan determinadas particularidades. Se trata pues de un problema transversal que afecta a cualquier actividad delictiva previa, con especial incidencia en aquella que produce dinero, objeto material caracterizado por su alta fungibilidad[259]. Considerar que las dificultades de tal individualización justificarían la presunta inadmisibilidad de la defraudación fiscal como delito fuente, entraña la consecuencia ilegítima que en todos los casos de mezcla (o confusión del patrimonio lícito –con el de origen delictuoso–), no se podría configurar el delito de lavado de activos.

3. 3 Inidoneidad del objeto por ausencia de relación de causalidad (inexistencia de desplazamiento patrimonial)

Un sector doctrinal argumenta que sería indispensable identificar una relación de causalidad entre el delito previo y los rendimientos económicos que este ha de producir. La idoneidad de un delito fuente –según este criterio– dependerá de confirmar la existencia de un nexo causal de desplazamiento patrimonial de los bienes delictivos, hacia la esfera de dominio de quien –con posterioridad– realice los actos de lavado. Esta secuencia, conforme sostiene dicho sector, sería imposible en el caso de los delitos omisivos. En el Perú, por ejemplo, Gálvez Villegas sostiene que “con la omisión del pago no se ha de-

259 García Bañuelos, J. A. (2015), El delito fiscal como actividad delictiva previa.... 102-103.

terminado la relación causal que permita sostener que dicha omisión generó un activo patrimonial para el sujeto y que sobre este activo pueden concretarse las acciones propias del delito de lavado"[260].

En España, Fernández Teruelo sostiene que en el delito de defraudación fiscal el producto (dinero o bienes) "ya está en el patrimonio del sujeto, por lo que no son bienes «provenientes de» ninguna actividad delictiva"[261]. Según su parecer, solo cuando pueda establecerse un desplazamiento patrimonial sería posible configurarse un delito fuente. En el ámbito de los delitos tributarios, sostiene dicho autor, esto solo sería predicable "del fraude de subvenciones, donde sí se produce traslación del dinero"[262]. Con similar discernimiento, Chico de la Cámara refiere que únicamente son delitos previos tributarios la obtención indebida de devoluciones o el fraude en las subvenciones "donde sí se produce técnicamente la traslación del dinero"[263]. Así también, Del Rosal Blasco señala que en la defraudación tributaria "no se puede establecer relación causal entre la acción omitida y los bienes ya incorporados al patrimonio del sujeto por virtud de un hecho positivo anterior no constitutivo de delito"[264].

Finalmente, Choclán Montalvo sostiene que la defraudación fiscal, por tratarse –según su postura– de un delito omisivo, carecería de idoneidad para dar base al lavado de activos. Este autor considera que "la omisión en sentido científico-natural no causa nada. Un delito que responda en su configuración típica al patrón de los delitos de omisión… no puede servir de delito previo de un delito de blanqueo de capitales, pues no puede establecerse relación causal entre la acción omitida (el pago de los tributos) y los bienes ya incorporados al patrimonio del sujeto por virtud de un hecho positivo anterior no constitutivo de delito (verdadera causa de la incorporación del bien)"[265]. Debe reconocerse que el planteamiento de este autor es empleado unifor-

260 Gálvez Villegas, T. (2014), *El delito de lavado…*. 104

261 Fernández Teruelo, J. (2010), Capítulo 14: Blanqueo de capitales, en Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (coord.), *Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley orgánica 5/2010,* Madrid, Ediciones Francis Lefebvre. 325.

262 *Ibidem*. 325-326.

263 Chico de la Cámara, P. (2012), *El delito de defraudación tributaria…*. 173.

264 Del Rosal Blasco, B. (2013), *Delito fiscal y blanqueo…*. 5.

265 Choclán Montalvo, J. A. (2011), *La aplicación práctica…*. 339.

memente por la doctrina de España[266] y del Perú[267], para justificar la presunta inidoneidad de la defraudación tributaria como delito fuente.

3. 4 Presunta infracción de las garantías del *non bis in idem* y a la no autoincriminación

El delito de defraudación fiscal reprime a quien, mediante actos fraudulentos, no paga (total o parcialmente) los tributos fijados en las leyes. El autor de este delito es quien conserva la cuota tributaria defrauda dentro de su esfera de dominio, infringiendo su deber de desprenderse de dicho patrimonio afecto y trasladarlo al órgano de recaudación fiscal –vencido el plazo legal–. En estos casos es el propio autor de la defraudación fiscal quien, conociendo que parte de sus rendimientos está sometido al pago de tributos, se vale de maniobras fraudulentas para no efectuar dicho desembolso a favor de su legítimo propietario.

Al constatarse que el defraudador se encuentra, seguidamente, en posesión de activos que no le pertenecen (sino al fisco), es razonable apreciar que él mismo efectúe actos de disposición sobre dicho monto no ingresado. Aquí surge la cuestión de si es compatible con las garantías del *non bis in idem* y a la no autoincriminación, sancionar penalmente como lavado dichos actos de disponibilidad (conversión o transferencia) o de mera posesión, ejecutados sobre los activos mantenidos fraudulentamente en la propia esfera de dominio –y no desembolsados al fisco–. Así, en el debate acerca de la viabilidad típica del lavado de activos procedente del delito de defraudación fiscal, un sector de la doctrina ha buscado incorporar los presupuestos y consecuencias de la discusión dogmática sobre la tipicidad del autolavado.

Con relación a la primera de las garantías, señala Dópico Gómez-Aller, si la conversión o transmisión de dinero "con origen en un delito fiscal

---

266 Gómez Benítez, J. M. (2006), Reflexiones técnicas y de política criminal.... 74 y 81; Bacigalupo Zapater, E. (2012), *Sobre el concurso de delito fiscal*.... 35-36; Manjón-Cabeza Olmeda, A. (2012), Un matrimonio de conveniencia: blanqueo de capitales.... 38; Del Rosal Blasco, B. (2013), Delito fiscal y blanqueo.... 5; Martín Queralt, J. B. (2014), Delito fiscal y blanqueo.... 33; Sánchez Huete, M. A. (2016), La Administración Tributaria ante el delito. La nueva regularización voluntaria, en QF, Nº 7, abril, Navarra, Aranzadi. 39.

267 Gálvez Villegas, T. (2014), *El delito de lavado*.... 104-105.

fuese delito de blanqueo, todo delito de elusión tributaria traería consigo necesariamente un adicional delito de blanqueo"[268]. Según este razonamiento, en los supuestos de defraudación tributaria, supuestamente, quien defrauda mantiene en su poder (posee o inmediatamente utiliza) los activos no ingresados al fisco. Con lo que, seguidamente –y es lo que tal sector objeta– se estaría calificando tal proceder como un delito de lavado (principalmente, en la modalidad de "mantención en el poder", "posesión" o "utilización"), lo cual sería irreconciliable con la garantía del *non bis in idem*. Sin embargo, contra dicha argumentación –que se suma al rechazo de considerar como delito fuente al delito de defraudación fiscal–, cabe dirigir algunas observaciones.

En primer lugar, la garantía del *non bis in idem* se estructura a través de la exigencia de triple identidad (de sujeto, hecho y fundamento), de modo que la infracción de dicha garantía dependerá que dos investigaciones se sustancien concurriendo dicha tiple exigencia. En lo que constituye objeto de debate, si bien quien defrauda (no trasladando la cuota tributaria a su legítimo propietario, mediante actos fraudulentos) es la misma persona que, al mismo tiempo, mantiene en su dominio dicho bien, en apariencia *se cumpliría la identidad de sujeto*. Sin embargo, dada la sustantivad del delito de lavado de activos es, indubitablemente, su desvalor va más allá del simple y solo hecho de poseer (incluso convertir o transferir) rendimientos económicos delictuosos. Por lo que es indispensable, para afirmar la concurrencia de su injusto penal, que las operaciones económicas realizadas, o la posesión de los activos criminales, se efectúen con la finalidad de evitar la identificación del origen de los activos, su incautación o decomiso.

Por tanto, no se configura el lavado por la simple posesión o mantención en el poder de bienes de origen ilícito. Establecer lo contrario es banalizar, sino eludir, el componente material del injusto típico del blanqueo. Este delito es más que la simple posesión de, en este caso, la cuota tributaria. Por ello, en el análisis de las relaciones entre el delito de lavado de activos y la defraudación tributaria, desde nuestra perspectiva, *no se cumple la identidad de hecho*.

En segundo lugar, con la prohibición penal de blanquear bienes se pretende proteger, a través de una estructura típica de peligro abstracto, a la libre y leal competencia –según hemos defendido *supra*–.

268 Dópico Gómez-Aller, J. (2010), Si todo es blanqueo, nada es blanqueo", en *LegalToday.com*, del 15 de enero, Madrid. 1.

Mientras que, por su parte, la represión del delito de defraudación fiscal pretende poner en resguardo a la función recaudatoria y de administración de los tributos. De modo que el desvalor del citado delito tributario, no abarca el desvalor del delito de lavado de activos, con ello, la defraudación fiscal en su relación con el blanqueo *no se cumple la identidad de fundamento.*

Por ello, cuando se argumenta que toda elusión fiscal traería consigo necesariamente un delito de lavado[269], se parte –desde nuestra perspectiva– de forma prejuzgada en calificar como blanqueo lo que no es. Este delito, conforme se ha puesto de relieve, va más allá de la mera posesión, su desvalor no abarca el simple hecho de mantener en el poder determinados bienes (de oriden delictuoso). La posesión de bienes *per se* no califica como delito de lavado, ni debe ser limitada a caracterizársela como "lavado", si esta no se sitúa en el contexto general del proceso de reciclaje (que va desde el inicio de los actos de colocación hasta el retorno de los bienes al tráfico económico con apariencia de legalidad). De modo que la "posesión" solo es calificable como delito de lavado, si se efectúa con la finalidad de "ocultar o encubrir" el origen criminal de los activos o de "evitar identificar" dicha procedencia. Quien eludió pagar tributos, mediante actos fraudulentos, si bien no deja de poseer ciertos bienes (la cuota tributaria defraudada) dentro de su patrimonio, ese solo hecho no califica como blanqueo. En suma, ni se infringe la prohibición del *bin in idem*, por carecer de afectación alguna a la *identidad de fundamento*, ni tampoco constituye un argumento sólido para fundamentar la presunta inidoneidad de la defraudación fiscal como delito fuente.

En suma, el argumento acerca que la admisión de la defraudación tributaria como delito previo infringiría la garantía del *non bis in idem* no podemos compartirlo como el fundamento por el cual dicho delito carecería de idoneidad para dar base al blanqueo. No solo por no obedecer al contenido material de la garantía que se dice resguardar, sino inclusive por carecer de suficiencia para superar el propio test que le da contenido (la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento).

Desde otro enfoque, también se sostiene que constituye un mero acto de agotamiento el hecho de mantener en el poder o utilizar los efectos económicos de un delito provechoso. En este caso, que el au-

269 Como sostiene Dópico Gómez-Aller, J. (2010), Si todo es blanqueo, nada es blanqueo. 1.

tor de la defraudación fiscal mantenga en su poder o utilice (o realice actos de disposición) la cuota tributaria que no ingresó al fisco, constituiría una consecuencia necesaria e inmediata de dicho delito tributario. Por lo que, a menos que se autodenuncie, se desista o pague inmediatamente al fisco la cuota tributaria, junto al delito fiscal el defraudador cometería ineludiblemente el blanqueo[270]. En suma, concluye la postura examinada, que una exigencia de tal naturaleza infringiría el derecho a la no autoincriminación.

Debemos, sin embargo, reafirmar que el delito de lavado de activos, conforme hemos puesto de relieve, va más allá de sola posesión de bienes (representados, en el caso de la defraudación tributaria, por la cuota tributaria no ingresada al fisco mediante actos fraudulentos) o de su mantención dentro del radio de disposición patrimonial. Antes bien, el delito de blanqueo requiere concretos e identificados actos posteriores, distintos al delito fiscal previo (que se consuma con el impago fraudulento de los tributos), los cuales debe ser efectuados en un contexto de preparación, desarrollo o cierre del circuito de reciclaje. Por consiguiente, coincidiendo con Caro Coria[271], la norma penal que subyace a la incriminación del blanqueo no establece un deber de autoinculpación, antes bien la obligación que se evite la circulación de bienes con fuente criminal en el tráfico económico legal. No existe un mandato de autodenunciarse sino de no transferir (o de no convertir) activos de procedencia delictuosa.

3.5 Postura personal: Idoneidad de la defraudación tributaria para constituirse en delito fuente

i. *Voluntad legislativa*

En el Perú, desde que fue puesta en vigor la Ley Nº 27765 (del 27/Jun/2002), con la que por vez primera se reprimió el lavado procedente de delitos distintos al narcotráfico o narcoterrorismo, el legislador había contemplado (en su art. 6[272], párrafo segundo) como hecho cri-

270 Dópico Gómez-Aller, J. (2010), Si todo es blanqueo, nada es blanqueo. 1.

271 Caro Coria, C. (2015), Lavado de activos provenientes.... 179-180.

272 El art. 6 de la Ley Nº 27765 (de la derogada Ley penal contra el lavado de activos, vigente para los procesos que se siguen por hechos cometidos durante su vigor), previó que: “El origen ilícito que conoce o puede presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso.

minal precedente al delito de *"defraudación tributaria",* sin hacer distinciones sobre cuál modalidad de este delito era susceptible de dar base al lavado. Reemplazada dicha ley por efectos del DLeg Nº 1106 (del 19/Abr/2012), la voluntad legislativa se encaminó hacia ampliar dicha consideración por la más genérica expresión *"delitos tributarios"*. De dicha forma, el Estado peruano asimiló las disposiciones del *soft law* que había establecido, dos meses antes, la incorporación de los delitos fiscales como delitos previos al lavado (revisión de las recomendaciones del GAFI, a febrero de 2012).

Por ello, aunque pueda calificarse como un criterio formal, el delito de defraudación tributaria constituye actividad criminal idónea para dar base al lavado de activos desde junio de 2002. Sin hacerse distinción de si todos o algunos de los delitos de defraudación contra el fisco constituyen delitos fuente. Esta situación confirmada, en abril de 2012, al haber el legislador decido ampliar "expresamente" esta tipología de delitos fuente hacia todos los otros delitos fiscales. Esto no quiere decir que recién, a partir de 2012, los delitos tributarios puedan ser idóneos para dar base al lavado de activos en el Perú, ya que tal condición podía ser desprendida –desde 2002– de la propia cláusula general establecida en el art. 6, párrafo segundo, de la Ley Nº 27765. La cual establecía que el origen ilícito de los activos corresponde a los delitos definidos en dicha ley, inclusivo aquellos *"otros similares que generen ganancias ilegales"*. En tal sentido, siempre que se trate de los delitos tributarios graves y vinculados con el crimen organizado –por tanto "similares" a la lista ejemplificativa dispuesta en dicho precepto–, y sean susceptibles de producir ganancias ilícitas, podían configurase en delitos previos desde abril de 2002.

La problemática acerca de la idoneidad o no de la defraudación tributaria como delito fuente se sitúa en la modalidad de eludir o dejar de pagar (total o parcialmente) mediante actos defraudatorios los tri-

---

El conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente de los delitos que contempla la presente ley, corresponde a conductas punibles en la legislación penal como el tráfico ilícito de drogas; delitos contra la administración pública; secuestro; proxenetismo; tráfico de menores; **defraudación tributaria**; delitos aduaneros u otros similares que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el art. 194 CP (receptación).
En los delitos materia de la presente ley, no es necesario que las actividades ilícitas que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria".

butos fijados en las leyes. Es el caso del art. 1 de la Ley Penal Tributaria (DLeg Nº 813, del 19/Abr/1996), el cual establece que: *"El que, en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 8 años..."*. Conforme se aprecia de la estructura de este tipo penal, nos encontramos ante uno de los denominados **delitos provechosos o de aprovechamiento.**

ii. *Diferenciación entre delitos que producen enriquecimiento con la entrada de bienes al patrimonio y delitos de incumplimiento del deber de disposición patrimonial*

Los actos reprimidos como delito de blanqueo deben ser efectuados sobre bienes, dinero, efectos o ganancias que procedan (directa o indirectamente) de actividades criminales caracterizadas por su aptitud para producir rendimientos económicos. El producto del delito, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 2, lit. e, de la Convención de Palermo de 2000 y, también, de la Convención de Mérida de 2003, está conformado por bienes derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito[273].

Por tanto, la determinación del origen delictivo –denominado también como **contaminación** del objeto material[274] – se establece, por una parte, mediante la comprobación de un ***vínculo o nexo directo*** entre el delito fuente y los activos producidos. Por ello, tiene origen **"directo"** en un delito tanto las ganancias, el precio, la recompensa, la promesa de pago –establecida para la comisión de un delito–, el producto –susceptible de tráfico económico, que resulta luego de cometerse el acto criminal–, como, en ocasiones, también el propio objeto material del delito previo.

Asimismo, la **contaminación** de los activos producidos por el delito previo puede también establecerse mediante un **vínculo o nexo indirecto**. Esto es, se admite como objeto material del lavado de activos a los bienes **"derivados"** de aquellos otros que, previamente, han proce-

273 En términos idénticos se defines al producto del delito en el art. 2, lit. e, de la Convención de Mérida de 2003, así también, de modo similar, en el art. 1, lit. a, de la Convención de Varsovia de 2005. Además, tal terminología fue también incorporada, aunque con restricción al narcotráfico, en el art. 1, lit. p, de la Convención de Viena de 1988.

274 Aránguez Sánchez, C. (2000), *El delito de blanqueo*.... 203.

dido del delito previo. En estos supuestos de contaminación indirecta se incluye a los bienes que han sufrido sustituciones anteriores, por ejemplo, producidos por diferentes negocios jurídicos de intercambio –las compraventas, permutas o hipotecas–. En estos casos es el propio delito de blanqueo el que se constituye en delito fuente.

Debe ponerse atención que, según sostenemos, el nexo de procedencia delictiva de los activos –o vínculo de contaminación (directa o indirecta)– no puede establecerse mediante superados criterios naturalísticos o de mera causalidad. En tal sentido, disentimos de la postura de Blanco Cordero, quien sostiene que *"la conexión entre el bien y la actividad delictiva previa ha de ser de tipo causal"*[275]. A nuestro juicio, el vínculo de contaminación delictiva (en los "delitos que producen enriquecimiento con la entrada de los bienes al patrimonio", no así en los "delitos efectuados por incumplimiento del deber jurídico penal de disposición patrimonial", conforme será desarrollado) no se determina en función de la mera relación causal. **Basarse en criterios de determinación naturalística impondría aceptar**, si se busca ser coherente con la propia teoría, **tanto la indebida tesis del contagio total del patrimonio** (el cual pudo haber tenido alguna relación con ganancias delictivas) –que rechazamos–, **cuanto calificar como delito de blanqueo a cualquier vínculo negocial realizado con este tipo de patrimonio, con base en la ilimitada e infinita cadena causal**. Por tanto, es indispensable establecer la reducción teleológica o normativa del nexo meramente causal que exista entre el delito previo y los bienes que este produce.

Es, en consecuencia, la identificación del fin de protección de la norma del lavado, la herramienta que permite limitar la indefinida contaminación del objeto al que se le situaría, por el empleo de métodos estrictamente causales en la determinación de dicho nexo. El empleo del método causalista entraña la conclusión que toda intervención en algún punto de la cadena de operaciones económicas, como las adquisiciones o transmisiones, efectuadas sobre los bienes maculados (por su origen delictuoso), debería de constituir delito de lavado de activos, lo que, desde luego, constituye un despróposito legal. Antes bien, el análisis teleológico del tipo penal de blanqueo permite advertir que el

---

275 Blanco Cordero, I. (2011), El delito fiscal como actividad delictiva previa... 21. De acuerdo con el planteamiento de este autor, sostiene Covadonga Mallada, la relación causal exige que el autor obtenga algo que antes no tenía, Cfr. Mallada Fernández, C. (2012), *Blanqueo de capitales*.... 175.

puro nexo de causalidad es penalmente irrelevante para la atribución del alcance de la contaminación, o mácula de los bienes producidos (causalmente) por el delito, y su nexo jurídico con aquel[276].

Debemos, sin embargo, precisar, como ha sido anotado, que para la determinación del nexo jurídico de contaminación (directa o indirecta) de los activos, **debe examinarse la estructura morfológica del delito fuente** (que constituya objeto de análisis). Por ello **es ineludible identificar** cuándo nos encontramos, primero, ante aquellos **delitos previos caracterizados por producir rendimientos económicos capaces de ingresar en la esfera de dominio patrimonial del propio autor o de terceros**[277]. En su contraste con aquellos otros que –por el contrario– no producen activos que ingresan a la esfera de dominio patrimonial del interviniente; sino que, por encontrarse los activos, con antelación al delito, dentro de la propia esfera lícita de disposición del autor, **la represión (de estos otros delitos fuente) se fundamenta en el incumplimiento de los deberes jurídico penales de disposición patrimonial**[278].

En primer lugar, por regla general, los delitos idóneos para producir rendimientos económicos presentan una **"naturaleza resultativa"**. De modo tal que, con su realización, puede identificarse que las ganancias o rendimientos ilícitos son causados o producidos como resultado de la comisión delictiva (así, por ejemplo, en los delitos de tráfico ilícito de drogas, corrupción, trata de personas, secuestro, extorsión, minería ilegal u otros similares, en todos estos se aprecia una manifiesta idoneidad para que, con la comisión delictiva, se produzca "como resultado" la obtención de ganancias ilegales).

Estamos pues ante delitos que son idóneos para producir el resultado de generación de bienes o rentas con origen delictuoso, sobre los cuales es, indudablemente viable la comisión del delito de lavado de activos. En suma, la **característica principal** de estos delitos fuente

276 Esta verificación ha llevado incluso a sostener a un sector de la doctrina que la relación entre la actividad criminal precedente, de donde proviene el objeto material, y el delito de lavado de activos, se configura en un vínculo de imputación objetiva, Cfr. Caro Coria, C., Reyna Alfaro. L. M. y Reátegui Sánchez, J. (2016), *Derecho Penal Económico,* Tomo II, Lima, Jurista Editores. 663.

277 García Cavero, P. (2015), *El delito de lavado...*. 120.

278 Blanco Cordero, I. (2011), El delito fiscal como actividad delictiva previa.. 23.

radica en la **producción de ganancias capaces de ingresar a la esfera de dominio patrimonial de sus autores o de terceros**. Es decir, **estos delitos son fuente, causa u origen de los bienes o activos producidos.** Por lo que los actos ulteriores de conversión, transferencia, transporte, etc., efectuados sobre dichos rendimientos económicos (conociéndose o debiendo presumirse su origen delictivo, con el objeto de evitar la identificación de su origen delictivo, su incautación o decomiso) cumplen, sin mayores cuestionamientos, la tipicidad del delito de lavado de activos.

En segundo lugar, en oposición a los referidos delitos previos (que generan incremento patrimonial con la entrada de los activos en la esfera de dominio del autor), existen también delitos económicamente rentables que se efectúan sobre activos lícitos ya previamente incluidos (con antelación la comisión delictiva) en la propia esfera lícita de dominio patrimonial. **La represión** en estos últimos casos **se fundamenta en el incumplimiento –mediante diferenciadas modalidades de conducta típica– del deber de disposición patrimonial al que el autor se encuentra jurídico penalmente obligado.**

Esta categoría de delitos precedentes al blanqueo se manifiesta, con respecto al CP peruano, en los delitos de **apropiación ilícita**[279] (art. 190), **peculado** (art. 387[280]), **malversación de fondos** (art. 389[281]), **rehu-**

279 Art. 190 (Apropiación ilícita): "El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 2 ni mayor de 4 años...".

280 Art. 387 (Peculado): "El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 8 años...".

281 Art. 389 (Malversación de fondos): "El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 1 ni mayor de 4 años... Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de 3 ni mayor de 8 años...".

samiento a la entrega de bienes (art. 391[282]) y en el delito de **administración fraudulenta del patrimonio de la persona jurídica** (art. 198, inc. 8[283]). Este tipo de estructura delictiva se presenta también en el CP español –además de similares delitos a los aludidos–, con relación al delito de **alzamiento de bienes** (art. 257, inc. 1[284]). En todos estos casos, los bienes, activos o ganancias tienen un origen lícito y, antes de la comisión delictiva, se encuentran legalmente incorporados (bajo diferentes títulos o poderes de dominio) el interior de la esfera de dominio patrimonial del agente. Por ello, en la medida que pueda identificarse razonablemente al objeto material (dinero, bienes, efectos o ganancias) –a fin de resolver la controversia probatoria de dicha identificación como de su razonabilidad– es, según nuestro criterio, indiscutible que en todos estos supuestos delictivos nos encontramos frente a delitos previos que pueden dar base al delito de lavado de activos.

El **carácter legal de los bienes**, sobre los cuales –con posterioridad– se efectúan los actos típicos (del delito previo), constituye un elemento común reconocido en la estructura legal de todos los tipos penales citados. El hecho que los activos o bienes sean entregados en *"depósito, comisión, administración u otro título semejante"* (art. 190), sean confiados al funcionario o servidor público en *"percepción, administración o custodia"* (art. 387), en *"administración"* (art. 389) o *"depositados o puestos bajo su custodia o administración"* (art. 391), entraña un reconocimiento implícito, pero evidente, de que existe el traslado legal de un título de dominio lícito sobre los bienes. Por ello, la legalidad de los bienes se pone de manifiesto mediante la transfe-

282 Art. 391 (Rehusamiento a la entrega de bienes): "El funcionario o servidor público que, requerido con las formalidades de ley por la autoridad competente, rehúsa entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de 2 años".

283 Art. 198 (Administración fraudulenta): "Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 1 ni mayor de 4 años el que ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes: [...] 8) usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica".

284 Art. 257 (Alzamiento de bienes): "1) Será castigado con las penas de prisión de 1 a 4 años...: [...] 1º. El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores. 2º. Quien con el mismo fin realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación".

rencia lícita, al autor, del ejercicio de alguno de los poderes reales o títulos de dominio referidos.

En esta segunda tipología de delitos fuente el cambio de estatus jurídico penal del objeto material (esto es, la transformación de un bien "de origen legal" a otro –activo– **"maculado"** por el delito) tiene por fundamento el **incumplimiento de los deberes de disposición patrimonial al que se está jurídico penalmente obligado**, en condición de *depositario, comisionista, administrador* o *custodio* del patrimonio (privado o público). Las conductas típicas que expresan el incumplimiento de los deberes jurídico penales referidos, son los actos de *"apropiación"* (art. 190), de *"apropiarse o utilizar"* (art. 387), *"dar una aplicación definitiva diferente"* (art. 389), *"rehusarse a entregar"* (art. 391), *"usar en provecho propio"* (art. 198, inc. 8), y el de *"alzarse"* (art. 257, inc. 1 CP español)[285].

En esta manifestación de delitos previos los bienes, antes de su contaminación delictiva, se caracterizan –según lo previsto en los citados tipos penales– por dos elementos comunes. En primer lugar, la licitud del título que origina los activos. Y, en segundo, que los bienes se encuentran, con antelación a la realización del delito previo, dentro de la esfera lícita de dominio patrimonial de sus autores.

En suma, **el que los bienes se encuentren ya en posesión del autor (u otro título de dominio o de administración) antes de la comisión del delito precedente, y que tengan origen lícito, no impide que puedan dar lugar al lavado de activos.** En estos supuestos la contaminación delictuosa de los bienes se producirá por efecto de la comisión del delito precedente. **El estatus de "licitud" de los bienes o del título de dominio sobre los mismos se perderá** (produciéndose la contaminación delictiva), **cuando estos se convierten en "efectos" de alguno de los citados delitos** (de apropiación ilícita, peculado, malversación

---

285 Sobre esta cuestión, José Luis Serrano observa que "lo que se predica del delito fiscal también se podría de los delitos socioeconómicos. Así, p. ej., en el alzamiento de bienes o el abuso de información privilegiada los activos previos se sustraen a los acreedores, o los activos procedentes de la negociación bursátil, proceden de actividades lícitas. Y, sin embargo, no cabe negar el origen delictivo de las ganancias obtenidas a consecuencias de conductas defraudatorias", Cfr. Serrano González De Murillo, J. L. (2013), Delito fiscal y bienes.... 81-82. Comparten, en España, esta constatación Blanco Cordero, I. (2011), El delito fiscal como actividad delictiva previa.... 23-24. Así también, en el Perú, Caro Coria, C. (2015), Lavado de activos provenientes.... 156.

de fondos, rehusamiento a la entrega de bienes, administración fraudulenta o alzamiento de bienes). **Nada impide que los activos,** en la medida que sean debidamente identificados y su cuantía pueda ser razonablemente determinada, **constituyan bienes idóneos o susceptibles de dar base al delito de lavado**. Los actos de conversión, transferencia, ocultamiento, tenencia o transporte de dichos bienes, para evitar la identificación de su origen delictivo, cumplirán la tipicidad objetiva de este delito.

Entre los delitos previos caracterizados tanto por la licitud original de los bienes, como por encontrarse en posesión del autor antes de la comisión del hecho delictivo, tenemos al **"delito de defraudación tributaria"** (llamado también como defraudación fiscal o fraude al fisco). Este delito **se singulariza por la realización de actos fraudulentos que se efectúan sobre activos de origen legal** (en efecto –como reconoce la opinión que contradecimos–, con fuente en actividades económicas, mercantiles u otras), **que se encuentran ya en la propia esfera de dominio patrimonial del defraudador fiscal, antes de la realización delictiva de este tipo penal tributario.** En el delito de defraudación tributaria se reprimen las maniobras fraudulentas (del obligado tributario o por terceros, bajo su dominio) efectuadas en **incumplimiento del deber de realizar un desprendimiento patrimonial concreto: la no entrega fraudulenta** (total o parcial) **de la cuota tributaria defraudada que le corresponde al órgano recaudador del tributo.** El impago (total o parcial) del tributo, para tener naturaleza delictiva –y no solo administrativa–, debe realizarse mediante el empleo de maniobras defraudatorias, conforme lo exige el art. 1 de la Ley Penal Tributaria peruana. Este "no pagar fraudulento"[286] se expresa en la evitación de un desembolso por parte del obligado tributario en perjuicio de la administración tributaria.

4. CONCLUSIONES

En conclusión, **en esta investigación consideramos que el delito de defraudación tributaria** –o delito de impago (total o parcial) de la cuota tributaria mediante maniobras defraudatorias– constituye al igual que los delitos de apropiación ilícita, peculado, malversación de fondos, rehusamiento a la entrega de bienes, administración fraudulenta

286 Abanto Vásquez, M. (2000), *Derecho penal económico. Parte Especial,* Lima, Idemsa. 433.

dulenta y alzamiento de bienes[287], **un tipo delictivo idóneo para dar base al delito lavado de activos**. Su estructura legal permite constatar que se trata de un delito –como los otros referidos– en el que **sus intervinientes efectúan comportamientos (maniobras fraudulentas) dirigidos a evitar ilegalmente el desprendimiento patrimonial de aquellos bienes que ya se encuentran, con antelación al delito fiscal, dentro de su esfera de dominio patrimonial (la cuota tributaria) en perjuicio de su legítimo propietario (la administración tributaria)**. Por lo tanto, según sostenemos no existe inconveniente dogmático para considerar que la defraudación tributaria, al igual que los otros tipos delictivos citados (que presentan la misma estructura típica), constituye un delito con aptitud para configurarse en actividad criminal previa al delito de lavado de activos.

Una cuestión distinta a la viabilidad dogmática de admitir que la defraudación tributaria pueda configurarse en delito fuente, será la **individualización razonable de los bienes (maculados delictivamente) dentro del patrimonio del autor** –de los presuntos delitos de defraudación fiscal y de blanqueo de bienes–. El problema principal no radica en la procedencia delictiva de los activos en estos casos (hemos argumentado las razones de por qué la cuota tributaria defraudada sí constituye objeto material idóneo del delito de lavado), sino –como ha puesto de relieve la doctrina– en la **dificultad de individualizarlos o independizarlos con respecto al resto del patrimonio del obligado tributario** que ha cometido la defraudación fiscal[288] (y el ulterior blanqueo).

Sin embargo, el que exista dicho problema de contenido probatorio, no exime de considerar –conforme sostenemos– como "típico" al lavado de activos procedentes de la defraudación tributaria. En tal sentido, la dificultad de individualizar dentro del patrimonio del autor la parte que corresponde al egreso no realizado como consecuencia del delito, no enerva la configuración y viabilidad dogmática de la tipicidad del lavado procedente de la defraudación fiscal. No debe entremezclarse dos cuestiones distintas: la tipicidad de un comportamiento con la prueba de la tipicidad. En este caso, de la dificultad probatoria existente –aunque no privativa del delito de defraudación tributaria como delito fuente–, no puede concluirse la ausencia de tipicidad. Salvo que se proponga –de forma equívoca según nuestro entender– que existe falta de tipicidad en todos los casos donde exista el inconveniente de individualización

287 Martínez-Arrieta Márquez de Prado, I. (2014), *El autoblanqueo*.... 81-82.

288 Blanco Cordero, I. (2015), *El delito de blanqueo*.... 512.

razonable de los activos con relación al patrimonio lícito (como ocurre en los tan frecuentes supuestos de "mezcla" de rendimientos de origen delictivo y legal). En estos supuestos no es que no exista tipicidad, sino la presencia de dificultades probatorias, que no es lo mismo.

La problemática de la identificación razonable de los activos maculados, su indivualización y distanciamiento, de aquella parte del patrimonio del autor que tiene contenido legal, no es privativa del delito de defraudación tributaria. Idénticos problemas, y en su misma dimensión, se presentan en todos los delitos provechosos caracterizados por producir "causalmente" rendimientos económicos capaces de ingresar en la esfera de dominio patrimonial del propio autor. Esto es, la dificulta de identificar los activos maculados con respecto al patrimonio lícito se produce en los casos, tan frecuentes, de mezclas de activos legales y delictivos. **Hecho que se presenta, inclusive, en los delitos tributarios incuestionablemente calificados como "delitos previos" por el sector doctrinal** (objeto de nuestros cuestionamientos) **que considera como "inidónea" a la defraudación tributaria** para dar base al blanqueo.

Es cuando menos atentatorio al derecho de propiedad[289] considerar como "contaminado" el íntegro del patrimonio del autor de la defraudación tributaria, pues ello implicaría la arbitraria consideración de que también los activos de origen no delictivo (por estar mezclados los bienes lícitos con los delictuosos) fueren blanqueables. Adicionalmente, infringe el derecho a la defensa procesal que la acusación, o condena por lavado de activos, **sean decididas sin haberse probado o determinado razonablemente el alcance de la contaminación delictiva**. Esta exigencia puede cumplirse dentro del propio proceso penal por blanqueo de bienes, como fuera de aquel, en aquellos casos donde el delito precedente fue objeto de sentencia (en un proceso penal previo o paralelo).

Asimismo, uno de los argumentos dirigidos por quienes consideran que el delito de defraudación fiscal sería un tipo delictivo inidóneo (para dar base al blanqueo), plantea que en "la defraudación tributaria, precisamente, el individuo no obtiene nada que antes no tuviera". Esto es, que no se verificaría el presuntamente "exigible" nexo causal entre el delito previo y las ganancias que este produciría. Del mismo modo, según matiza otra opinión, dicho delito no causaría un despla-

289 Ambos, K. (2015), La defraudación tributaria como hecho previo.... 303-304.

zamiento patrimonial de los activos delictuosamente producidos hacia la esfera de dominio del autor (del lavado).

Conforme hemos argumentado, los actos constitutivos del delito de blanqueo, se pueden realizar sobre activos que derivan de dos tipologías de delitos que –aunque presentan elementos estructurales que difieren entre sí–, tienen en común, en primer término, permitir que sus autores logren cuantiosos rendimientos económicos y, luego, vincularse con la criminalidad organizada. (aquellos "delitos que «producen» enriquecimiento con la entrada de los bienes al patrimonio", en contraposición de los "delitos efectuados por «incumplimiento del deber jurídico penal de disposición patrimonial»"). Según la lógica de la posición objetada, con el delito de defraudación tributaria no se obtiene n activos que no se encontraran ya previamente en el patrimonio de su autor (esto es, que el individuo no obtiene nada que no tuviere antes).

Sin embargo, debemos precisar –siguiendo dicho razonamiento– que tampoco el autor obtendría nada que antes no estuviere en su esfera (lícita) de dominio patrimonial en los delitos de ***peculado, malversación de fondos, rehusamiento a la entrega de bienes*** (por parte de funcionarios), como tampoco en la ***apropiación ilícita***, la ***administración fraudulenta del patrimonio de la persona jurídica*** o el ***alzamiento de bienes***. Por tanto, salvo que se quiera –de modo indebido, a nuestro juicio– proponer que los delitos provechosos tan graves como los referidos (caracterizados por permitir a sus autores obtener sumas cuantiosas de dinero o bienes), no puedan dar lugar al delito de lavado de activos en caso que los provechos delictivamente logrados sean transferidos, convertidos, transportados (u otros). Desde nuestra perspectiva, un enfoque de tal naturaleza motiva espacios importantes de impunidad que deben ser rechazados, no por argumentos basados en lo "político criminalmente insatisfactorio" (que, en muchas ocasiones, va más allá del derecho vigente). Sino porque, desde desde un análisis dogmático de los diversos "delitos provechosos" –existentes en nuestros Códigos Penales–, es admisible identificar que también pueden dar lugar delito de lavado de activos aquellos que delitos efectuados por "incumplimiento del deber jurídico penal de disposición patrimonial". Entre estos –además de los citados–, se encuentra el delito de defraudación fiscal, cuyo fundamento de represión se basa en incumplir (como obligado tributario) mediante actos fraudulentos, el deber de realizar el desplazamiento patrimonial de activos concretos (la cuota tributaria) en favor de su legítimo titular (el órgano recaudador del tributo).

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abanto Vásquez, M. (2000). *Derecho penal económico. Parte Especial,* Lima, Idemsa. 433.

Abel Souto, M. (2005). *El delito de blanqueo de capitales*, Barcelona, Bosch. 224;

Alpaca Pérez, A. (2016). *Delincuencia organizada, delitos tributarios y lavado de activos,* en Zúñiga Rodríguez, L. (dira) / Mendoza Llamacponcca, F. (coord.), Ley contra el Crimen organizado (Ley Nº 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal, Lima, Instituto Pacífico. 631.

Ambos, K. (2015). *La defraudación tributaria como hecho previo del lavado de dinero en Alemania* Lima, Jurista Editores. 288-315.

Aránguez Sánchez, C. (2000). *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons. 187

Aránguez Sánchez, C. y Alarcón Navío, E. (2003). *El Código penal francés*. Traducido y anotado, Granada, Comares. 181.

Bacigalupo Zapater, E. (2012). *Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero,* Civitas, Editorial Civitas. 35-36;

Bitencourt, C. R. y De Oliveira Monteiro, L. (2013). Lavagem de dinheiro segundo a legislação, en *RBCCrim*, Año 21, Vol. 102, maio-junho, São Paulo, Dos Tribunais Ltda. 185-186.

Blanco Cordero, I. (2011). El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC),* Nº 13-1, Universidad de Granada. 20-24;

Blanco Cordero, I. (2015). *El delito de blanqueo de capitales*, 5ª ed., Navarra, Aranzadi. 468.

Borinsky, M. (2014). *Fraude fiscal. Un estudio histórico, comparado, de derecho penal, tributario, económico y sociológico,* Buenos Aires, Ediciones Didot. 425.

Buratti, B. y Campana, G. (2012). *Contrasto al riciclaggio e misure anti evasione. Le nuove limitazioni alla circolazione dei capitali, San Marino,* Maggioli Editore. 51.

Campos Navas, D. (2005). Lavado de dinero y delito fiscal. Posibilidad de que delito fiscal sea el delito precedente al de blanqueo, en La Ley: *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 5, Madrid, La Ley. 1405.

Caro Coria, C. (2015). Lavado de activos provenientes del delito tributario, en Ambos, Kai / Caro Coria, Carlos / Malarino, Ezequiel (coords.), *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*, Lima, Jurista Editores. 155-156.

Caro Coria, C., Reyna Alfaro. L. M. y Reátegui Sánchez, J. (2016). *Derecho Penal Económico*, Tomo II, Lima, Jurista Editores. 663.

Carrión Morillo, D. (2015). Una aproximación a los problemas actuales del blanqueo de capitales y el delito fiscal, en *REJ*, 2ª época, Nº 15, UJ. 13.

Cassani, U. (2013). L'infraction fiscale comme crime sous-jacent au blanchiment d'argent: considérations de *lege ferenda*, en RSDAMF, Vol. 85, Nº 2, Zürich, Schulthess Verlag. 18.

Codigo Penal alemán

Codigo Penal argentino

Codigo Penal belga

Codigo Penal italiano

Codigo Penal peruano

Codigo Penal portugués

Codigo Penal suizo,

Código Tributario chileno.

Consejo General del Poder Judicial (2009). *Informe al Anteproyecto de Ley de Prevención del Blanqueo de capitales y de la Financiación del terrorismo,* del 29 de setiembre, Madrid. 63.

Córdoba Roda, J. (2006). *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons. 63;

Córdoba, F. (2015). *Delito de lavado de dinero*, Buenos Aires, Hammurabi. 187.

Chico de la Cámara, P. (2012). *El delito de defraudación tributaria tras la reforma del Código penal por la LO 5/2010*, Navarra, Aranzadi. 172-173;

Choclán Montalvo, J. A. (2011). *La aplicación práctica del delito fiscal: Cuestiones y soluciones. Adaptado a la Reforma penal de la L.O.* 5/2010, Barcelona, Bosch. 338-339;

De acuerdo con el art. 4, lit. a, de la Ley Penal Tributaria (DLeg Nº 813, del 19/Abr/1996): *La defraudación tributaria será reprimida con pena privativa de libertad no menor de 8 ni mayor de 12 años... cuando:*

Del Rosal Blasco, B. (2013). Delito fiscal y blanqueo de capitales: perspectivas ante la nueva reforma del tipo básico del delito fiscal, en *Diario La Ley. Sección Doctrina*, Año XXXIV, Nº 8017, de 6 de febrero, Ref. D-45, Madrid, Editorial La Ley. 5.

Díaz y García Conlledo, M. (2014). ¿Puede el delito de defraudación tributaria constituir actividad delictiva previa a efectos del blanqueo?, en DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.) / MAROTO CALATAYUD, Manuel (coord.), Crisis financiera y derecho penal económico, Montevideo, BdF. 614.

Díaz, V. (2012). La exégesis del delito de lavado de dinero y la desvinculación con el delito fiscal, en Bertazza, H. / D'Álbora, F. (dirs.), *Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo. Prevención, investigación y represión*, Tomo I, Buenos Aires, La Ley. 290.

Dópico Gómez-Aller, J. (2010). Si todo es blanqueo, nada es blanqueo, en *LegalToday.com*, del 15 de enero, Madrid. 1.

Durrieu Figueroa, R. (2013). El delito tributario y el lavado de activos, en Alterini, J. (dir.), La Ley, Año LXXVII, Nº 87, 14 de mayo, Buenos Aires. 1.En: http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf

Fernández Junquera, M. (2012). Defraudación fiscal, blanqueo de capitales y regularización tributaria, en *REDF*, Nº 155, julio-setiembre, Navarra, Aranzadi. 33;

Fernández Teruelo, J. (2010). Capítulo 14: Blanqueo de capitales, en Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (coord.), *Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley orgánica 5/2010*, Madrid, Ediciones Francis Lefebvre. 325.

Financial Action Task Force (2010). Consultation Paper. *The Review of the Standards - Preparation for the 4th Round of Mutual Evaluations,* October 2010, GAFI/OECD. 3. Disponible en: http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/publicconsultation/First%20public%20consultation%20document.pdf

Financial Action Task Force (2011). *Consultation Paper. The Review of the Standards - Preparation for the 4th Round of Mutual Evaluations.* Second public consultation, June 2011, GAFI/OECD. 4. Disponible en: http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/publicconsultation/Second%20public%20consultation%20document.pdf

Fiscal General del Estado (2009). *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de Prevención del Blanqueo de capitales y de la Financiación del terrorismo, del 28 de setiembre*, Madrid. 4.

Galain Palermo, P. (2015). Lavado de activos en Uruguay: Una visión criminológica, en Ambos, K., Caro Coria, C. y Malarino, E. (coords.), *Lavado de activos y compliance*, Lima, Jurista Editores. 334.

Gálvez Villegas, T. (2009). *El delito de lavado de activos.* Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley Nº 27765, Lima, Jurista Editores. 86.

Gálvez Villegas, T. (2014). *El delito de lavado de activos*, Lima, Instituto Pacífico. 104

García Bañuelos, J. A. (2015). El delito fiscal como actividad delictiva previa del delito de blanqueo de capitales, en QF, Nº 1-2, Navarra, Aranzadi. 107-109.

García Cavero, P. (2015). *El delito de lavado de activos*, Lima, Jurista Editores. 121-122.

Gómez Benítez, J. M. (2007). Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes en *Cuadernos de Politica Criminal*, no 91. 5-26

Hinostroza Pariachi, C. (2009). El delito de lavado de activos, Lima, Grijley. 179-180.

Luzón Campos, E. (2012). Blanqueo de cuotas defraudadas y la paradoja McFly, en *Diario La Ley, Sección Tribuna*, Nº 7818, Año XXXIII, del 14 de marzo, Ref. D-120, Madrid, Editorial La Ley. 2.

Mallada Fernández, C. (2012). B*lanqueo de capitales y evasión fiscal, Valladolid,* Lex Nova. 174-176.

Manjón-Cabeza Olmeda, A. (2012). *Un matrimonio de conveniencia: blanqueo de capitales y delito fiscal*, en RDP, Año XII, Nº 37, Valladolid, Lex Nova. 37.

Martín Queralt, J. B. (2014). Delito fiscal y blanqueo de capitales, en García Prats, A. (dir.), *Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal,* Madrid, IEF. 33.

Martínez-Arrieta Márquez de Prado, I. (2014). *El autoblanqueo. El delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales*, Valencia, Tirant lo Blanch. 22.

Palma Herrera, J. M. (2000). *Los delitos de blanqueo de capitales,* Madrid, Edersa. 274.

Quintero Olivares, G. (2006). El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo, en *AJA*, Nº 698, del 17 de abril, Navarra, Aranzadi. 1.

Reque Mata, Susana (2009). ¿Puede considerarse el delito fiscal delito previo al delito de blanqueo de capitales?, en *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia, Tirant lo Blanch. 287.

Sánchez Huete, M. A. (2016). *La Administración Tributaria ante el delito. La nueva regularización voluntaria*, en QF, Nº 7, abril, Navarra, Aranzadi. 39.

Sánchez Stewart, N. (2014). La declaración tributaria especial y el blanqueo de capitales, en *REDS,* Nº 4, enero-junio, 2014, Madrid, Dykinson. 6.

Sentencia de Casación Nº 07-82977 (del 20/Feb/2008), emitida por la Sala Penal del Tribunal de Casación de Francia. Casación dirigida contra la resolución condenatoria emitida por el Tribunal de Apelación de Aix-en-Provence (del 28/Mar/2007). Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018338279&fastReqId=748356780&fastPos=1

Sentencia de Casación Nº 6061/2012 (del 17/Ene/2012, FJ 3), emitida por la Sección Segunda de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Italia. Disponible en: http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpen&id=./20120217/snpen@s20@a2012@n06061@tS.clean.pdf

Serrano González De Murillo, J. L. (2013). Delito fiscal y bienes con origen en actividad delictiva como objeto de blanqueo, en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 111, Año III, Madrid, Dykinson. 83-84.

Recibido: 04/12/2017

Aprobado: 25/05/2018

Dr. Fidel Nicolás Mendoza Llamacponcca, PhD: Abogado por la UNMSM. Máster y Doctor en derecho por la Universidad de Salamanca. Ha sido becario de investigación en el Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Friburgo - Suiza (2010), a cargo del prestigioso Profesor Dr. h.c. mult. José Hurtado Pozo. En el marco de su formación en Derecho Penal ha seguido cursos sobre "lucha contra la corrupción internacional" en la Universidad de Ginebra (Suiza), Criminalidad organizada transnacional (Sevilla), Prevención y represión del lavado de activos y Técnicas de litigación oral con el Nuevo Código Procesal Penal (Perú). Ha sido profesor universitario y conferencista en diversos temas de derecho penal económico y derecho procesal penal.

Correo electrónico: fidel_mendoza21@hotmail.com

¿La constancia de posesión y/o una licencia de construcción justifican la posesión y por ende no deviene en precario?

Does proof of possession and / or a construction license justify possession and therefore does not become precarious?

Dr. Juan Abelardo Villanueva Alarcón, Mgtr.
Investigador Jurídico, UNMSM y Villanueva Abogados

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 3, 2018, pp. 297-319, ISSN 2588-0837

RESUMEN: el presente artículo analiza si algunos documentos, como una constancia de posesión, o una licencia de construcción justificarían la posesión de un inmueble y por ende si ello es conforme a la doctrina jurisprudencial y a los supuestos de ocupación precaria, establecidos en el IV Pleno Casatorio Civil, cuya aplicación es de obligatorio cumplimiento por parte de los órganos jurisdiccionales, o por el contrario, se está realizando un apartamiento de doctrina jurisprudencial y si esta se encuentra plenamente justificada y motivada.

PALABRAS CLAVES: posesión precaria, supuestos de ocupación precaria, IV Pleno Casatorio Civil, restitución, demanda.

ABSTRACT: the present article analyzes if some documents, such as a proof of possession, or a construction license would justify the possession of a property and therefore if it is in accordance with the jurisprudential doctrine and the precarious occupation, established in the IV Plenary Civil Casatorio, whose application is of obligatory fulfillment on the part of the jurisdictional organs, or on the contrary, a separation of jurisprudential doctrine is being made and if this is fully justified and motivated.

KEY WORDS: precarious possession, precarious occupation cases, IV Civil Casatorio Plenary, restitution, demand.

INTRODUCCIÓN

Durante muchos años ha existido una carencia de predictibilidad sobre la aplicación correcta y uniforme de diversos institutos jurídicos a los casos que se venían ventilando ante el Poder Judicial, dicha carencia y sobre todo las resoluciones oscilantes han generado arduos debates por diversos sectores doctrinarios, de la cual tampoco podían estar ajenos los operadores jurídicos, sobre todo los órganos jurisdiccionales, ya que en ellos recaía el rol protagónico de dichas resoluciones y por ende eran participes activos en la problemática que ello generaba, claro que no de manera positiva, pues su accionar se reflejaba en la diversa jurisprudencia contradictoria e incluso las mismas eran emitidas en tiempos mínimos, por lo que, lo único que conducía era generar una inseguridad jurídica, aunado a una situación de inestabilidad e incertidumbre de poder saber cómo podría ser el resultado final de una determinada litis, y ello debido a que los pronunciamientos judiciales eran tan disimiles y contradictorios. Bajo dicha coyuntura es que hace unos años atrás se ha dado inicio a los plenos casatorios civiles por parte de la Corte Suprema de Justicia, los cuales justamente han tenido como misión fundamental el de unificar criterios en la emisión de resoluciones judiciales[290] para que estos generen predictibilidad y sobre todo evitar mayores resoluciones contradictorias y oscilantes. Uno de los plenos jurisdiccionales es justamente al IV Pleno Casatorio Civil, emitido a raíz de la Casación N° 2195-2011-Ucayali, del 29 de diciembre del 2011[291], el cual versa sobre la posesión precaria, tema de por sí que ha desatado diversas posiciones y polémicas en nuestra doctrina nacional, pero que luego de haber sido objeto de un pleno casatorio civil, lleva a reflexionar e indagar cual ha sido el impacto de dicho precedente en los procesos judiciales en trámite, y sobre todo cómo es que viene siendo aplicando por los operadores jurisdiccionales, claro está, si es que se viene observando, conforme se va analizar en el presente trabajo.

290 La unificación de la jurisprudencia también es una de las finalidades que le ha impregnado el legislador al recurso de casación, conforme se observa en el artículo 384° del Código Procesal Civil, el cual señala: el recurso de casación tiene por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia. En los casos previstos en la Ley General de Arbitraje, el recurso de casación tiene por finalidad la revisión de las resoluciones de las Cortes Superiores, para una correcta aplicación de las causales de anulación del laudo arbitral y de las causales de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

291 Publicado en el diario oficial “El Peruano” el día 14 de agosto del 2013.

1. LA POSESIÓN PRECARIA EN EL IV PLENO CASATORIO

Resulta relevante observar cuales han sido los criterios adoptados y los precedentes establecidos para que nos permita poder afirmar si estás vienen siendo observadas y aplicadas por los órganos jurisdiccionales, conforme es la finalidad del presente trabajo, en ese sentido, es que procederemos con realizar un breve comentario a lo resuelto por nuestra Corte Suprema a raíz de la Casación N° 2195-2011-Ucayali, el cual versa sobre un proceso de ocupante precario, convocando para ello al IV Pleno Casatorio Civil.

1.1 La interpretación, efectuada por el IV Pleno Casatorio, sobre el artículo 911 del Código Civil

Como se puede observar esos son los supuestos antes indicados de posesión precaria que todo órgano jurisdiccional deben de tener en cuenta cuando tenga en trámite un proceso sobre dicha materia. Sin embargo, vamos a analizar cómo es que se llegan a dichas conclusiones, para ello se tiene que indicar que la Corte Suprema arriba a estas, a partir del análisis efectuado al artículo 911 del Código Civil, otorgándole una interpretación amplia a la figura del precario, a fin de que de dicha manera pueda encuadrar en todos los supuestos casuísticos que se venían dando sobre dicha figura jurídica en nuestra jurisprudencia nacional y con ello evitar mayores resultados contradictorios, para ello la Corte Suprema manifiesta que era necesario partir de una conceptualización de la figura del precario, y que esta sea de manera clara y uniforme, ya que así permitirá resolver todos los supuestos en los que se encuentre inmersa dicha figura jurídica, y con ello darle efectividad al derecho de la tutela jurisdiccional efectiva. Así, la Corte Suprema señala que (es) *dentro de una concepción general y básica, que cuando dicho artículo (911 del C.C.) en análisis hace alusión a la carencia de título o fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico o circunstancia que hayan expuesto, tanto la parte demandante, como la demanda, en el contenido de los fundamentos fácticos tanto de la pretensión, como de su contradicción y que le autorice a ejercer el pleno disfrute del derecho a la posesión (...) entendiéndose que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer*[292]. Para la Corte Suprema la carencia del título o fenecimiento del mismo, no debe de circunscribirse

292 Considerando N° 51 de la Casación N° 2195-2011-Ucayali. 22-23 de 84.

al documento que acredite la propiedad sobre el bien, sino debe de entenderse en sentido amplio, esto quiere decir que el concepto de título establecido en el artículo 911 del código civil, incluye a cualquier acto jurídico o incluso a cualquier "circunstancia" en el cual demuestre, ya sea por el demandante o por el demandado, una autorización a ejercer el disfrute del derecho a la posesión[293]. Incluso el referido término es cambiado o aclarado en los considerandos 54 y 55, cuando la Corte Suprema desarrolla los supuestos previstos por el artículo 911 del código civil, en donde señala que *"queda claro que la figura del precario se va a presentar cuando se esté poseyendo sin título alguno, esto es, sin la presencia y acreditación de ningún acto o hecho que justifique el derecho de disfrute del derecho a poseer (...) en este primer caso, no necesariamente se requiere de la presencia de un acto jurídico que legitime la posesión del demandado, lo que no excluye también el caso aquel en que el uso del bien haya sido cedido a título gratuito, sin existir de por medio el pago de una renta. 55.- el segundo supuesto que contempla la norma es que el título de posesión que ostentaba el demandado haya fenecido, sin precisar los motivos del fenecimiento, por lo que resulta lógico concebir que dicha extinción se puede deber a diversas causas, tanto intrínsecas o extrínsecas al mismo acto o hecho, ajenas o no a la voluntad de las partes involucradas (...)"*[294]. Sobre este último, se puede observar que la Corte Suprema manifiesta que un título resulta fenecido, cuando el acto o hecho jurídico se ha

293 Luisa Alberto Larreátegui Torres, manifiesta que se debe de equiparar el término "circunstancia" como "hecho jurídico", cuando analizando dicho considerando de la referida casación manifiesta: *"Así pues, hoy, para nuestros Tribunales, titulo no vendría a ser solamente acto jurídico, sino cualquier circunstancia que justifique el derecho a poseer el bien. Ergo, es un hecho jurídico"*. Luisa Alberto Larreátegui Torres. ¿Es precario quien ha adquirido el inmueble por usucapión? A propósito del Cuarto Pleno Casatorio. En: Actualidad Jurídica N° 242- enero 2014. Editorial Gaceta Jurídica, Lima. 64. Sin embargo, y a sabiendas que la Corte Suprema ha optado por establecer un concepto amplio de precario, no solamente se debería equiparar el término "circunstancia" a los hechos jurídicos, sino también a los actos jurídicos en sentido estricto, como lo manifiesta en voto singular la Dra. Ana María Aranda Rodríguez, en su considerando 6.2 de la Casación N° 2195-2011-Ucayali. 49. También compartimos lo vertido por quien manifiesta que no se puede dejar de tener en cuenta que el título requerido por el artículo 911 del Código Civil, puede estar referido a la ley, entendido este como justificante de la posesión. Al respecto Julio Pozo Sánchez. ¿Una nueva lectura del artículo 911 y la posesión precaria? Sobre el denominada "ausencia absoluta de circunstancias que justifiquen la posesión" en la jurisprudencia de la Corte Suprema. En: Debate Jurisprudencial. Editorial Motivensa, Lima, 2008.

294 Considerando N° 54 y 55 de la Casación N° 2195-2011-Ucayali. 23-24 de 84.

extinto por causas intrínsecas al acto o extrínsecas del mismo, lo cual nos lleva a manifestar que la extinción al cual hace referencia puede obedecer a una ineficacia estructural del negocio jurídico (nulidad o anulabilidad), o por una ineficacia funcional (resolución o rescisión).

1.2. La regla interpretativa prevista para los artículos 585 y 586 del Código Procesal Civil

Otra de las reglas establecidas por la Corte Suprema en el pleno en mención, ha sido indicar la forma de cómo se debe de interpretar el artículo 585 del Código Procesal Civil[295], para lo cual la Corte Suprema parte manifestando que la interpretación realizada debe de ser concordada con los criterios que han venido estableciendo en dicho precedente vinculante, es decir que la referida norma procesal resulte aplicable a los tipos de causales de desalojo previstos por la referida Corte, bajo dicha premisa se indica que el primer párrafo de la referida norma procesal, en la cual hace alusión al término "restitución" del bien, manifiestan que debe de entenderse dicho termino como la "entrega" de la posesión que protege el artículo 911 del Código Civil, ya que con dicho criterio interpretativo se garantizaría a todo sujeto que le corresponde el derecho de ejercer el disfrute del bien, al margen que el derecho de propiedad se encuentre dilucidado o no, ya que al ser un proceso sumarísimo se podrá analizar si existe el derecho de restitución del mismo[296]. Es decir, el término "restitución" debe de entenderse en sentido amplio y genérico, y para justificar ello, complementan lo manifestado con la legitimidad activa y pasiva prevista en el artículo 586 del Código Procesal Civil, sobre el primero debe de comprender no solo al propietario, sino también al administrador y a todo aquel que considere tener derecho a la restitución de un bien, en

295 **Artículo 585.- Procedimiento**
La restitución de un predio se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo y las precisiones indicadas en este Subcapítulo.
Procede a decisión del demandante, el acumular la pretensión de pago de arriendo cuando el desalojo se fundamenta en dicha causal. Si no opta por la acumulación, el demandante podrá hacer efectivo el cobro de los arriendos en el proceso ejecutivo de acuerdo con su naturaleza.
Cuando el demandante opte por la acumulación del pago de arriendos al desalojo, queda exceptuado el requisito previsto en el inciso 3) del artículo 85 de este Código. (Subrayado nuestro)

296 Considerando N° 57 de la Casación N° 2195-2011-Ucayali. 24 de 84.

tanto sobre la legitimación para obrar pasiva recae sobre *todo aquel que ocupa el bien sin acreditar su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión inmediata o que, en todo caso, en la realidad se han producido la desaparición de los actos o hechos jurídicamente regulados y protegidos, generando como efecto la pérdida del derecho a poseer*[297]. Sobre este último, consideramos que se ha debido entender como legitimidad pasiva a todo aquel que se encuentre en posesión del bien, ya que la carencia de acreditación sobre el mismo o la desaparición del hecho o acto que antes justificaba su posesión es justamente la que será analizada por el Juzgador al momento de resolver, por lo cual se ha debido establecer que dicha legitimación recae únicamente sobre la persona que tiene la posesión directa e inmediata del bien, sin tener que entrar en detalle o describir las circunstancias de como dicha posesión se encuentra en cabeza de dicha parte[298], ya que habiendo acogido un concepto amplio del precario. Del concepto de precario establecido por la Corte Suprema, se observa que existe una mayor generalidad en sus supuestos, y ello es establecido con la finalidad de poner fin a la diversa y hasta caótica jurisprudencia existente, que incluso podría señalarse que ha sido cuasi equiparado con el concepto de posesión ilegitima prevista en el Código Civil Argentino.

En efecto, nadie duda de que todos los supuestos previstos para la posesión precaria deben de ser regulados y se debe de tener en cuenta para solucionar el conflicto de intereses que se haya generado al respecto, ya que en caso de materializarse deben estar sujetos a tutela por la parte que tiene derecho sobre ella, pero un sector de la doctrina nacional manifiesta que no necesariamente implica a que dicha tutela o la

---

297 Considerando N° 60 de la Casación N° 2195-2011-Ucayali. 25 de 84.

298 Sin embargo, se debe tener en cuenta que la referida norma procesal (art. 586 CPC) ha establecido que el sujeto pasivo del desalojo no solo es el precario, sino también en arrendatario o subarrendatario. Al respecto Pasco señala: “Cuando el legislador procesal señaló que procedía el desalojo contra el arrendatario y el subarrendatario, pensó en todos aquellos casos en los que el plazo de duración del contrato ha llegado a su fin y el pedido de devolución del bien por parte del arrendador no obtuvo una respuesta positiva por parte del arrendatario. Ahora, si la norma procesal distingue al precario del arrendatario, como sujetos pasivos del desalojo, entonces no podemos concebir al arrendatario con título fenecido como un poseedor precario. Lo contrario nos llevaría a concluir que el artículo 586° CPC incurre en una redundancia (a pesar de lo cual la norma no perdería operatividad, porque de todos modos procedería el desalojo)”. Alan Pasco Arauco. Sobre la posesión precaria, el desalojo y los intolerantes.

solución del conflicto generado por dicho tipo de posesión tenga que ser resuelta vía proceso de desalojo, ya que dicho proceso es uno sumarísimo, conforme se encuentra previsto por nuestro Código Procesal Civil.

2. DE LA APLICACIÓN DEL IV PLENO CASATORIO (Un caso ejemplificativo)

Luego de haber hecho un somero análisis de lo previsto por la Corte Suprema en el IV Pleno Casatorio Civil, corresponde verificar si dichos criterios han sido aplicados por parte de los operadores jurisdiccionales, es decir, corresponde analizar la vigencia de estos precedentes en los procesos judiciales que versen sobre desalojo por ocupante precario[299]. Así, en el presente trabajo vamos analizar un caso sobre un proceso de desalojo donde justamente la parte demandante manifiesta que ha adquirido el derecho de propiedad sobre el inmueble materia sub Litis, en la cual indica que la demandada sin título alguno que lo amerite viene poseyendo dicho bien de su propiedad, para lo cual adjunta una escritura pública del año 2012, la cual contiene un contrato de compraventa y posteriormente -luego de iniciado el proceso- acreditan que dicho derecho de propiedad ha sido inscrito en la partida electrónica del inmueble. En la contestación de la demanda efectuada, la parte demandada contradice dicha acción y manifiesta que efectivamente tiene la posesión del bien, pero no es a título de ocupante precario, si no que la viene ocupando desde el año 1995 como propietaria legitima, por haberlo adquirido mediante contrato de compraventa en dicha fecha.

Luego de llevado acabo la audiencia única donde se desestimaron las excepciones deducidas por la parte demandada, respecto a la falta de legitimidad para obrar del demandante, el Juez emite sentencia, y dentro del análisis al caso concreto, en su considerando tercero manifiesta que el referido inmueble ha sido objeto materia de transferencia por parte del anterior titular registral a favor del demandante, asimismo, manifiesta que en el año 2011 el referido inmueble ha sido materia de una independización registral de su partida matriz, y es a raíz de dicha independización que se le adjudicó el inmueble materia *sub litis* a la transferente del demandante, quien posteriormente

299 Es importante reiterar que el precedente judicial vincula a todos los órganos jurisdiccionales de la República, por lo cual su observancia es necesaria, conforme se encuentra previsto por el artículo 400° del C.P.C.

le transfiere el bien a este, por lo cual el Juzgado concluye en dicho considerando tercero que efectivamente ha quedado acreditado el derecho de propiedad del demandante.

Sin embargo, y en el considerando cuarto, el Juzgado procede con hacer un análisis de la figura del precario, previsto en el artículo 911 del Código Civil, para lo cual manifiesta que efectivamente el poseedor precario es el que ejerce sin título alguno o cuando el que tenía ha fenecido, pero inmediatamente después hace una salvedad y señala que en el caso de autos "(...) l*a parte demandada con el mérito de la Constancia de Posesión N° 174-2012-SGPUC-GDU-MSS, expedida por el por la Gerencia de Desarrollo Urbano Subgerencia de Planeamiento Urbano y Catastro de la Municipalidad de Santiago de Surco obrante a fojas setenta y ocho y la Constancia de Posesión expedida por la Asociación Junta de Propietarios de la Urbanización Santa Modesta del Distrito de Santiago de Surco obrante a fojas ochenta y ocho acredita que el predio materia de litis está constituido por una vivienda unifamiliar de un piso y que su persona se encuentra en posesión del mismo el cual tiene un área de 133.53 m2, y que constituye una Vivienda Unifamiliar, hecho que se corrobora además con el mérito de las documentaciones obrantes de fojas setenta y nueve a fojas noventa y dos, que acreditan de que su persona ha pagado los tributos correspondientes por el inmueble ante la Municipalidad distrital de Santiago de Surco, así como que dicho inmueble cuenta con los servicios correspondientes de agua y luz emitidos a nombre de le emplazada y con la Licencia de Obra expedida mediante Resolución N° 2023-2006-SGLHU-GDU-MSS a nombre de la emplazada de fecha de expedición 16 de octubre del 2006 y de expiración de fecha 16 de octubre del 2009 que a la misma se le autorizo a efectuar una construcción de tres pisos más azotea con un área autorizada de 317.48 m2 en la Manzana B Lote 58 Vía San Miguel del AAHH Santa Modesta del referido distrito; que siendo ello así y habiendo la persona de la emplazada probado debidamente ser propietaria de la construcción efectuada sobre el terreno de propiedad de la parte demandante y sobre el cual existe una vivienda unifamiliar con uso de casa habitación es evidente de que su persona no puede tener la condición de precaria del mismo, puesto de que al ser propietaria de la construcción edificada sobre el bien sub. litis, es evidente de que cuenta con debido título para ocupar el inmueble, por lo que la demanda no puede ampararse; que la demás prueba actuada y no glosada no logra modificar los considerandos precedentes, por cuyas razones y en aplicación del artículo 200° del Código Procesal Civil* **FALLO**: declarando **INFUNDADA** la demanda por ocupación precaria (...); con costas y costos.-"(sic) (Subrayado y negritas nuestro).

2.1. La carencia de motivación y de análisis sobre los títulos invocados por las partes para establecer si efectivamente nos encontramos ante un caso de posesión precaria

Lo primero que resalta dicha sentencia es que habiendo el Juzgado dejado por sentado que en el presente caso nos encontramos ante una parte demandante quien manifiesta y acredita tener el derecho de propiedad inscrito en Los Registros Públicos, el cual lo ha adquirido de su anterior titular registral, quien a su vez se adjudicó dicho bien mediante una independización registral, ya que antes formaba parte de un área mayor, del cual era copropietaria. Sin embargo, dicha titularidad registral, o con mejor precisión, el tracto registral respecto de dicho bien, ha debido ser establecido con las fechas en las cuales se originaron e inscribieron, ello hubiese sido importante para poder determinar los actos y quienes han suscrito sobre los mismos, para también establecer la legitimidad del derecho transferido respecto de dicho demandante, pero lamentablemente en la sentencia objeto de análisis no se indica ello, ni menos aún se precisa si dichos asientos registrales eran previos o posteriores al año 1995, para poder establecer con exactitud si la demandada, quien también manifiesta haber adquirido el bien mediante minuta de compraventa lo ha efectuado mediante una adquisición, anterior o posterior a la publicidad registral[300] invocada por su demandante y el de sus transferentes, o si nos encontramos ante una adquisición a *non domino*, de ser así, incluso, poder establecer si realmente ha existido un accionar de buena o mala fe, ya que conforme se indicó, en caso sea una adquisición a un tercero, no se podría dejar de lado la publicidad registral, conforme se encuentra previsto en el artículo 2012° del Código Civil[301], o, contrariamente a todo ello si nos encontramos ante dos adquisiciones efectuadas por un solo transferente, y si de ser estaríamos ante un caso en el cual uno de estos adquirentes ha procedido con escriturar e inscribir registralmente su derecho de propiedad (demandante). Toda esta serie y cúmulos de posibilidades se hubiesen descartado si el Juzgado hubiese establecido con claridad los títulos invocados y el contenido de

300 Situación de suma importancia, ya que por virtud de la publicidad registral, prevista en el artículo 2012° del Código Civil, se aplica la presunción *iure et de iure*, de que todos tienen conocimiento de los asientos registrales, en el presente caso si la demandada al momento de la suscripción de su minuta no estaba inscrito el derecho de propiedad de su transferente, sino estaba inscrito a nombre de un tercero, no podría invocar un accionar de buena fe.

301 Artículo 2012.- Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones.

estos, es decir, si el Juzgador hubiese efectuado un adecuado análisis de los títulos invocados por las partes, para establecer si nos encontramos efectivamente ante la figura del precario, ya que de los supuestos antes indicados se puede observar que las posibilidades de establecer un conflicto de intereses entre las partes es variada, y ello se hubiera dilucidado mediante una valoración conjunta de las pruebas aportadas por ambas partes, lo cual lamentablemente no se realizó en la sentencia en cuestión.

Dicha omisión se agrava con la argumentación y motivación emitida por parte del Juzgado, quien en la parte expositiva de los actos procesales llevados a cabo en el proceso, manifiesta únicamente que la parte demandada ha negado tener la situación de precario porque manifestó haber adquirido dicho bien en el año 1995, pero no existe mayor referencia ni análisis sobre la misma. Incluso, en la misma sentencia no se hace alusión en ningún otro extremo, es más no existe mayor análisis sobre el título invocado por dicha parte demandada, solamente se hace referencia en la parte expositiva para indicar que ha sido invocada por la demandada para negar que devenga en ocupante precario. Como se puede observar la carencia de motivación en dicha sentencia es evidente, lo cual atenta contra el debido proceso, ya que era de esperarse que siendo invocada la figura del precario, previsto por el artículo 911 del Código Civil, se ha debido analizar si el título invocado por dicha parte demandada se subsume en el supuesto de hecho previsto en la referida norma civil, pero no se han analizado los títulos en juego para poder establecer si nos encontramos ante una posesión precaria, lo cual evidencia una clara contravención a principios jurisdiccionales previstos por el artículo 139 de nuestra Constitución[302], a lo expuesto se tiene que añadir que dicha resolución no muestra observancia al precedente vinculante establecido en el IV Pleno Casatorio.

302 **Artículo 139°**. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

(...)

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

Efectivamente, el IV Pleno Casatorio Civil, ha establecido claramente que en este tipo de procesos el debate se debe centrar en la carencia del título o el fenecimiento del mismo, y ello se tiene que establecer dentro del proceso bajo una adecuada valoración de las pruebas aportadas en el proceso que vislumbren quien tiene el derecho a poseer, expresamente en el considerando N° 56 la Corte Suprema ha establecido que *"(...) la no existencia de un título o el fenecimiento del que se tenía -con el cual justificaba su posesión el demandado- se puede establecer como consecuencia de la valoración de las pruebas presentadas, de dicha valoración es que surge en el Juez la convicción de la no existencia de título o que el acto jurídico que lo originó contiene algún vicio que lo invalida, como es una nulidad manifiesta prevista por alguna de las causales del artículo 219° del Código Civil, o en todo caso, cuando siendo válido el negocio jurídico, este ha dejado de surtir efectos por alguna causal de resolución o rescisión, pero sin que el juez del desalojo se encuentre autorizado para declarar la invalidez, nulidad, ineficacia, etc., de dicho acto jurídico, por cuanto ello corresponde al juez donde se discuta tal situación"*[303]. En efecto, si el juzgado ha dejado sentado en su considerando tercero de la sentencia que luego de haber valorado los medios probatorios aportados por la parte demandante, y seguidamente manifiesta que ha quedado acreditado el derecho de propiedad sobre el bien de este, también ha debido de proceder con valorar el título referido por la parte demandada conjuntamente con las demás pruebas aportadas, y establecer si la misma justifica la posesión del bien, ya que si señala que el accionante es quien tiene el derecho de propiedad sobre el bien, ha debido de cumplir con su obligación de valorar la prueba principal aportada por la demandada y con ello establecer si la misma tiene derecho a poseer o no, ya que como el mismo precedente establece en su parte in fine de su considerando 51 [se debe entender] *"que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer"*[304]. De lo expuesto se puede observar que dicho juzgador no ha incumplido con dicha observancia, es más no ha hecho referencia alguna al título invocado por dicha demandada, sino a otros documentos que serán analizados más adelante, lo cual evidencia la nula observancia y vinculación de los órganos jurisdiccionales a los precedentes establecidos por la Corte Suprema, lo cual no solo resulta sumamente preocupante, sino demuestra una contravención a las mismas y a las normas legales que las respaldan, justifican y obligan su observancia y cumplimiento, ya que si bien se han establecido plenos jurisdiccionales cuya finalidad ha

303 Considerando N° 56 de la Casación N° 2195-2011-Ucayali. 24 de 84.

304 Considerando N° 51 de la Casación N° 2195-2011-Ucayali. 23 de 84.

sido el poder establecer criterios que permitan unificar las diversas y oscilantes resoluciones emitidas sobre una misma figura jurídica, y si bien la emisión de las mismas han sido objeto de diversas críticas, esta ha sido plasmada para que justamente se eviten mayores resoluciones contradictorias y se genere predictibilidad de todos los casos en los cuales se involucren los mismos institutos jurídicos, pero de nada sirve este tipo de iniciativas si los órganos jurisdiccionales van a inobservar y no aplicar los mismos, y no es que nos encontremos ante el supuesto excepcional de apartamiento de un precedente vinculante como establece el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial[305], porque para ello previamente el Juzgador debería de cumplir con analizar el precedente vinculante que se pretende dejar de aplicar y por ende motivar adecuadamente las razones por los cuales dejan de lado dicho precedente para justificar los fundamentos propios. En el presente caso nos encontramos ante un incumplimiento del primer párrafo del referido artículo (22 del LOPJ), pues no solo se está incumpliendo con la obligación de aplicar los precedentes establecidos en los plenos casatorios de la Corte Suprema, sino no hay observancia mínima sobre estas, aun cuando uno no pueda estar de acuerdo con los mismos, estos han sido establecidos bajo una cierta finalidad, la cual se contraviene y ello ahonda la grave inestabilidad que podría generar sentencias como la analizada, ya que flaco favor le hace no solo por no aplicarla, sino por contravenirla.

305 **Artículo 22.- Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial**

Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el diario oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el diario oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan. (subrayado mío).

2.2. ¿La constancia de posesión y/o la licencia de construcción son justificantes de la posesión, o descarta que uno devenga en precario?

Pues bien, el Juzgador al inicio de su considerando cuarto hace referencia que la figura del precario, previsto en el artículo 911 del Código Civil, es la que se ejerce sin tener título alguno o cuando el que tenía ha fenecido, por lo cual uno mínimamente puede esperar que justamente se proceda con el análisis de dichos supuestos previsto por dicha norma, y ver su correlato con los títulos invocados por las partes, para que se proceda con verificar si alguno se subsume en la *fattispecie* de la norma en mención. En el presente caso, el título invocado por la demandada para justificar su posesión, manifiesta que lo hace como propietaria, ya que señala haber adquirido el referido inmueble mediante una minuta de compraventa del año 1995. Bajo dicho argumento, el Juzgado tenía la obligación de analizar el título invocado, tal como lo hizo con el demandante, donde arriba que efectivamente el derecho de propiedad sobre el inmueble recae en cabeza de dicha parte procesal. Sin embargo, no existe análisis alguno de parte del Juez sobre el título invocado por la demandada, es más en el considerando cuarto, cuando el Juzgado parte analizando los supuesto s de precario, pero no hace referencia alguna al título en cuestión, es decir, no se ha cumplido con establecer si dicha demandada no tiene título o el que tenía ha fenecido.

Sin embargo, resultan llamativos los argumentos vertidos por el juzgador en dicho considerando cuarto de la sentencia, objeto de análisis, que si bien omite con referirse y merituar el título por el cual dicha demandada justifica su posesión, si procede con analizar los demás medios probatorios adjuntados por ésta, y no sólo ello, sino que son los referidos documentos los que invoca en su *ratio decidendi* indicando que los mismos son los que le van a generan convicción para establecer que dicha demandada no deviene en precario, ¿y cuáles son estos documentos?

Pues bien, el Juzgador manifiesta que la demandada ha adjuntado: i) Una constancia de posesión expedida por la Municipalidad; ii) Una constancia de posesión expedida por una Asociación; iii) Recibos de pago de los tributos ante la Municipalidad; iv) Una licencia de construcción expedida por la Municipalidad.

Cuando se refiere sobre las constancias de posesión adjuntadas por la demandada, el Juzgado manifiesta que "ello acredita que la deman-

dada se encuentra en posesión del inmueble" (sic) materia sub. litis, lo cual nadie cuestiona, si estamos ante un proceso judicial de desalojo por ocupante precario, es justamente porque la parte demandada tiene la posesión directa e inmediata del bien, pero si se cuestiona que esta sea conforme a Ley, por ello es que se debió de analizar si dicha posesión es acorde con derecho, y ello se dilucida mediante la acreditación de un título que justifique dicha posesión, por lo cual la interrogante cae por si sola ¿dichas constancias de posesión son medios probatorios idóneos que justifiquen la posesión? Obviamente que no, si bien las municipalidades se encuentran facultadas para emitir certificados o constancias de posesión, son efectuadas para finalidades totalmente ajenas a la de pretender legitimar o justificar una posesión sobre un inmueble determinado; normalmente se expide para facilitar al acceso de servicios básicos, y estos se dan generalmente para posesiones informales, así basta ver lo regulado por el artículo 27 del Decreto Supremo N° 017-2006-VIVIENDA[306], por tanto pretender darle un mérito distinto al cual están destinados dichos documentos generaría una desnaturalización de estos, como lamentablemente parece que fue el fundamento del Juez, ya que el ejercicio de hecho sobre dicho bien que acredita dicha constancia en nada desbarata que sea acorde con Derecho, o que podría ser utilizado como el documento idóneo que justifica la posesión del inmueble. En efecto, el Juzgador no ha tomado en cuenta que una constancia de posesión no puede ser asimilada como un título que justifique la posesión del bien, o que legitime la posesión que detente el ocupante, y acá hacemos énfasis a la constancia de posesión emitida por una Municipalidad, no el de una asociación privada, de la cual tal vez la propia demandada podría formar parte. Alan Pasco, al respecto manifiesta que *"el certificado de posesión únicamente acredita la posesión de facto, mas no constituye un título vigente que otorgue el derecho a poseer. Y como para que no queden dudas, el mismo certificado de posesión contiene la mención de no constituir reconocimiento alguno que afecte el derecho de propiedad de su titular*[307]*"*, y efecti-

306 Artículo 27.- Las municipalidades distritales en cuya jurisdicción se encuentre ubicada una posesión informal o la municipalidad provincial cuando se encuentre dentro de su Cercado, otorgarán a cada poseedor el Certificado o Constancia de Posesión para los fines del otorgamiento de la factibilidad de Servicios Básicos. (Subrayado nuestro).

307 Alan Pasco Arauco. La defensa del poseedor precario en el proceso de desalojo ¿El certificado de posesión constituye título que justifique la permanencia del bien? La Corte Suprema se reivindica. En: *Revista Jurídica del Perú* N° 119, enero 2011. Normas Legales, Lima. 293.

vamente dichas constancias son emitidas para finalidades totalmente distintas que la de justificar la posesión misma, su finalidad esencial es de acreditar una situación fáctica, la cual es la posesión del bien, sin adentrarse de si esta es conforme o no a Derecho, por ello que se limita a acreditar el mismo, y señalar expresamente que la emisión de dicho documento no genera reconocimiento de derecho alguno sobre la misma. Incluso llama la atención que la sentencia en cuestión haya tomado dicho documento como título justificante de la posesión, u otorgarle legitimidad a la persona que cuente con dichas constancias para manifestar que ello no lo hace devenir en precario, o que posee conforme a Ley, ya que incluso con anterioridad al IV Pleno Casatorio Civil, la Corte Suprema en diversas ocasiones se había pronunciado sobre las constancias de posesión emitidas por entidades municipales, negando que esta pueda generar vínculo alguno del poseedor y el surgimiento de un derecho a poseer.

Así, en la Casación N° 221-2001-Ica[308], se señala *"Los documentos presentados por el demandado, tales como recibos de autovalúo y copia simple del Certificado de Posesión, entre otros, constatan su conducción sobre el predio; pero no constituyen título que justifique su posesión"*, igualmente en la Casación N° 417-2009-Ica[309], la Corte Suprema expresamente se ha manifestado sobre el certificado de posesión indicando *"Que el certificado de posesión número 347-2007-DS/a, expedido por la Municipalidad Distrital de Sunampe – Chincha que adjunta, no genera vinculo jurídico entre el recurrente y el demandante, que pueda justificar de alguna manera la posesión del inmueble, más aún, si adjunta copia simple, y del mismo se desprende que 'no constituye reconocimiento alguno que afecte el derecho de su propiedad de su titular' (...)"*.

Otro de los documentos analizados por el Juzgador y que lo han llevado al convencimiento que la demandada no tiene una posesión precaria, es por la presentación de una licencia de construcción adjuntada a su contestación de demanda. Al respecto, el Juzgador manifiesta que

308 Extraído de: Héctor E. Lama More. La Posesión y la posesión precaria en el derecho civil peruano. El nuevo concepto del precario y la utilidad de su actual regulación en el Derecho Civil Peruano. 199.

309 Publicado en el diario oficial El Peruano el 30 de junio del 2010. Sobre un comentario a dicha casación. Alan Pasco Arauco. La defensa del poseedor precario en el proceso de desalojo ¿El certificado de posesión constituye título que justifique la permanencia del bien? La Corte Suprema se reivindica. En: *Revista Jurídica del Perú* N° 119, enero 2011. Normas Legales, Lima.

habiendo obtenido dicha autorización o licencia para la edificación de tres pisos más una azotea sobre el bien, queda acreditado que dicha demandada es propietaria de la construcción, e incluso deja sentado que dicha construcción fue efectuada sobre el terreno de propiedad de la demandante y sobre la cual existe una vivienda unifamiliar con uso de casa habitación, por lo cual dicha situación lleva a concluir que ello evidencia de que dicha persona no puede tener la condición de precaria. Así, basta citar dicho extremo del considerando cuarto:

> *(...) con la Licencia de Obra expedida mediante Resolución N° 2023-2006-SGLHU-GDU-MSS a nombre de la emplazada de fecha de expedición 16 de octubre del 2006 y de expiración de fecha 16 de octubre del 2009 que a la misma se le autorizo a efectuar una construcción de tres pisos más azotea con un área autorizada de 317.48 m2 en la Manzana B Lote 58 Vía San Miguel del AAHH Santa Modesta del referido distrito; que siendo ello así y habiendo la persona de la emplazada probado debidamente ser propietaria de la construcción efectuada sobre el terreno de propiedad de la parte demandante y sobre el cual existe una vivienda unifamiliar con uso de casa habitación es evidente de que su persona no puede tener la condición de precaria del mismo, puesto de que al ser propietaria de la construcción edificada sobre el bien sublitis, es evidente de que cuenta con debido título para ocupar el inmueble, por lo que la demanda no puede ampararse.* (Sic). (Subrayado mío).

Como se puede observar, el Juez no toma en cuenta que las licencias de construcción constituyen autorizaciones para la ejecución de obras o edificaciones, siempre que hayan cumplido con los requisitos que dicho otorgamiento genera, pero la emisión de la misma constituye únicamente un permiso para que se puedan realizar trabajos de construcción y/o edificación, mas no constituye prueba fehaciente que dicha edificación o construcción se haya efectuado o concluido.

Me explico, si bien obra en autos la emisión de una licencia de construcción, el juez ya dejó sentado que por la emisión de dicho documento, existe una edificación, y no solo ello también manifiesta que la misma es de propiedad de la demandada, aun cuando dicho supuesto no ha sido probado ni referido por la demandada. Lo más llamativo surge seguidamente, cuando el Juez refiere que dicha edificación es el fundamento que le permite manifestar que la demandada no deviene en precaria, ya que la edificación demuestra el "debido título" con el cual cuenta dicha parte para justificar su posesión, sin manifestar cómo es que dicha edificación viene a ser un título que justifique la

posesión. Lamentablemente, dicho argumento no toma en cuenta que la emisión de licencias de construcción no conlleva a un pronunciamiento o reconocimiento acerca de la titularidad de derechos reales sobre el inmueble que se pretende edificar, conforme ahora lo establece el artículo 12° de la Ley N° 29090[310], y conforme ya hemos indicado que las edificaciones o modificaciones que se hagan sobre el bien no justifican la posesión, ni pueden ser asimilados como un título.

Dicho criterio es sumamente peligroso, ya que podría ser la justificante para cualquier invasor que cuente con constancia de posesión (municipal o emitida por una asociación privada) o haya obtenido una licencia de construcción, la cual demostraría fehacientemente la existencia de una construcción, y será la justificante para que tenga derecho a poseer el bien. Dicho criterio demuestra una contradicción al supuesto de posesión precario previsto por el IV pleno Casatorio, el cual en su punto 5.5 establece: *"Cuando el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo – sea de buena o mala fe- no justifica que se declare la improcedencia de la demanda, bajo el sustento que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe verificarse es si el demandante tiene derecho o no a disfrutar de la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar en otro proceso lo que considere pertinente"*[311]. Como se puede observar, la existencia de una edificación se toma como cierta a raíz del acervo probatorio adjuntado por la demandada para justificar su posesión, ya que se encontraba la licencia de construcción, a la cual el Juez la ha tomado como un supuesto justificante de la posesión, contraviniendo al IV Pleno Casatorio en el extremo que manifiesta que aun cuando existan edificaciones sobre el bien, ello no legitima el derecho a poseer, el Juez

310 LEY Nº 29090 - Ley de regulación de habilitaciones urbanas y de edificaciones. Artículo 12.- Efectos El otorgamiento de la licencia de habilitación o de edificación determinará la adquisición de los derechos de construcción y desarrollo, ya sea habilitando o edificando, en los predios objeto de la misma, en los términos y condiciones expresados en la respectiva licencia. La expedición de las citadas licencias no conlleva pronunciamiento alguno acerca de la titularidad de derechos reales, sobre el inmueble o inmuebles, objeto de ella. Las licencias recaen sobre uno o más inmuebles y producen todos sus efectos, aun cuando sean enajenados. El régimen de aprobación automática, regulado en la presente Ley, no exime a las municipalidades del control posterior, el cual será regulado mediante el reglamento al que se hace referencia en el artículo 5.

311 Casación N° 2195-2011-Ucayali. 32-33 de 84.

ha manifestado que dicha edificación es la que justifica su posesión (debido título), y por ende no se configura como una posesión precaria, mostrando una trasgresión al precedente antes referido.

2.3. ¿La edificación o mejoras en el predio objeto de desalojo otorga justo título y genera derecho a poseer el bien?

Ya la Corte Suprema se ha pronunciado al respecto, y ha señalado expresamente en el punto V) del considerando 63 del IV Pleno Casatorio[312], el cual versa sobre los supuestos de posesión precaria, estableciendo que cuando en el proceso de desalojo se alegue la existencia de edificaciones o modificaciones en el inmueble materia de dicho proceso, no justificará que ante dicha circunstancia se tenga que supeditar o condicionar una previa discusión de dichos derechos en otro proceso y por ende declarar la improcedencia de la demanda. Contrariamente a ello, la Corte Suprema ha establecido doctrina jurisprudencial en el sentido que al encontrarse en dicho supuesto, el juez lo único que tiene que realizar es verificar si el demandante tiene derecho a disfrutar de la posesión que invoca, y verificado ello proceder con el desalojo, dejando a salvo el derecho de la demandada en caso de las edificaciones tomar las acciones que considere pertinenten. Sin embargo, en el presente caso el Juez ha dejado por sentado que el derecho de propiedad del bien recae en el demandante, pero justifica la posesión de la parte demandada bajo la existencia de una edificación,

312 Dicho punto versa sobre los supuestos de Posesión Precaria, en la cual se deja sentado lo siguiente:

63.- Al tener en cuenta lo dicho, siempre a título de numerus clausus, a continuación se plantea un conjunto de casos, que se han evidenciado como los más recurrentes en los procesos de desalojo que se tramitan en los diferentes órganos jurisdiccionales, y que configurarían supuestos de ocupación precaria:

(...)

V) En los casos en los que el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo –sea de buena o mala fe-, no justifica que se declare la improcedencia de la demanda, bajo el sustento de que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe de verificarse es si el demandante tiene derecho o no a disfrutar de la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar, lo que considere pertinente, por causa de las edificaciones o modificaciones del predio, utilizando el procedimiento pertinente.

En: Considerando 63 de la Casación N° 2195-2011-Ucayali. 27.

lo cual llevaría a entender como una concepción singular de título, pero no señala expresamente cual es la base legal de dicha justificación sobre dicha posesión, solamente declara que la titularidad de la edificación efectuada justifica la posesión sobre dicho bien, lo cual demuestra una clara contravención al precedente vinculante establecido en el IV Pleno Casatorio Civil.

Sobre este supuesto de edificaciones realizadas sobre el predio objeto de desalojo, el precedente vinculante resulta innovativo, y deja zanjado con dicha doctrina jurisprudencial todos los problemas que habían surgido en los proceso de desalojo en torno a la edificación realizada sobre el predio por el demandado, quien muchas veces invocada la titularidad de lo construido sobre el terreno de propiedad del demandante. Ya con anterioridad al IV Pleno Casatorio, La Corte Suprema en diversas ocasiones se ha pronunciado sobre la necesidad de acreditar primero la propiedad de la construcción por el demandante para que se proceda amparar la demanda de desalojo por ocupación precaria: Así, basta ver la Casación N° 2831-2003 La Libertad[313], Casación N° 1763-2003 Lambayeque[314], Casación N° 52-2004 Piura[315]. El argumento central emitido en dichas casaciones para declarar la improcedencia de las demandas de desalojo, estriba en que al pretenderse el desalojo tanto del terreno como de lo edificado sobre esta no se acreditaba una propiedad absoluta, es decir, tanto del terreno como de lo construido por parte del demandante, el cual resulta indispensable para que proceda el desalojo, pues resultaría física y jurídicamente imposible la restitución solo del terreno, por lo cual manifestaban que no resulta aplicable lo previsto por el artículo 911 del Código Civil, ya que no es posible el desalojo solo del terreno, por lo cual el demandado no tendría la calidad de poseedor precario por ser titular de lo construido

313 Publicado en el diario oficial El Peruano el 30 de mayo del 2005. Extraído de: Héctor E. Lama More. La Posesión y la posesión precaria en el derecho civil peruano. El nuevo concepto del precario y la utilidad de su actual regulación en el Derecho Civil Peruano. 190.

314 Publicado en el diario oficial El Peruano el 30 de junio del 2005. Extraído de: Héctor E. Lama More. La Posesión y la posesión precaria en el derecho civil peruano. El nuevo concepto del precario y la utilidad de su actual regulación en el Derecho Civil Peruano. 191.

315 Publicado en el diario oficial El Peruano el 30 de mayo del 2005. Extraído de: Héctor E. Lama More. La Posesión y la posesión precaria en el derecho civil peruano. El nuevo concepto del precario y la utilidad de su actual regulación en el Derecho Civil Peruano. 190.

sobre el terreno. Como se puede observar, dicho criterio jurisprudencial causaba mayor detrimento en la situación jurídica del demandante con derecho a poseer, ya que se veía imposibilitado en poder ejercer dicha acción, pues previamente se tendría que dilucidarse el pago de la mejora o la edificación efectuada sobre el predio[316], peor aun cuando la edificación o construcción era realizada por un poseedor quien construye de mala fe[317], pues no tenía sentido establecer una condición o proceso previo para el ejercicio de la acción de desalojo, más en el supuesto previsto por el artículo 943 del Código Civil, cuando niega derecho alguno de reembolso a quien haya edificado en dicha condición (mala fe), por lo cual invocar la existencia de una construcción para no proceder con la acción de desalojo desnaturalizaba la figura del precario previsto en el artículo 911 del Código Civil, más si no existía base legal para manifestar que dicha construcción justificaba la posesión sobre el bien, motivo por el cual el IV Pleno Casatorio, ha manifestado que aun cuando exista construcción sobre el predio objeto de desalojo, ello no puede evidenciar o admitir como supuesto que genere el derecho a poseer sobre esta, en todo caso si existe derecho alguno de pago por las mejoras realizadas, ello no tiene por qué paralizar o suspender el ejercicio de dicha acción, pues la misma se podrá ventilar en el proceso pertinente.

De lo expuesto, surge la interrogante de saber si la edificación sobre el inmueble objeto de posesión es una justificante de la posesión. Al respecto, debemos tener presente que el artículo 911 del Código Civil ha establecido que en un proceso de desalojo por precario debe centrarse en analizar si la posesión del demandado es mediante un título que la justifique, y para ello, y de acuerdo con el caso concreto, se debe verificar cual es el título que porta el demandado, si es que lo

316 Un análisis efectuado sobre la edificación en terreno ajeno, el pago de mejoras, la accesión y su regulación en nuestra normatividad civil lo podemos encontrar en: Pasco Arauco, A. (2009). Edificación en terreno ajeno: entre la buena y la mala fe del constructor. ¿Convirtiendo las presunciones absolutas en presunciones iuris tantum? En: Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica. N° 183. Lima. También al respecto Pasco Arauco, A. (2010). Edificación de mala fe, mejoras y posesión ilegítima. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica. N° 143. Lima.

317 Hacemos referencia al supuesto en la cual existe publicidad registral del bien, en la cual se publicita la titularidad de un tercero con respecto a quien construye sobre el mismo, por lo que no se puede pretender negar desconocimiento de la existencia del mismo, por la presunción iure et de iure de conocimiento de los asientos registrales previsto en el artículo 2012 del Código Civil.

porta, y este no ha fenecido, al tratarse de la existencia de una edificación se debe verificar si ello se puede oponer al título que porta e invoca la parte demandante. En ese sentido, Pasco[318] menciona que las edificaciones en terreno ajeno, dan lugar a un tipo de accesión y constituyen un tipo de mejoras: precisando que son mejoras útiles sobre el bien, lo cual genera un derecho al reembolso del valor introducido sobre esta, por ello nuestro Código Civil ha establecido supuestos de la forma cómo el poseedor introdujo dichas mejoras para tener derecho a un reembolso, conforme consta de los artículo 941, 942 y 943 del Código Civil. Como se puede observar estos supuestos previstos en las normas aludidas generaran derechos potestativos al propietario del terreno o al constructor, según la buena o mala fe con la cual hayan actuado, pero de ninguna manera ello puede pretender equipararse como una justificante o genere una legitimidad en la posesión del bien, en otras palabras, el hecho que el poseedor inmediato haya edificado sobre el inmueble objeto de desalojo, de por sí no va demostrar que dicho constructor (poseedor) no deviene en precario.

Estos puntos y fundamentos no fueron debidamente analizados en la sentencia objeto de análisis, lo cual hace necesario un pronunciamiento crítico, pero no con la finalidad de denostar el trabajo que realizan los órganos jurisdiccionales, sino para coadyuvar a la correcta aplicación de las normas y precedentes emitidos para dichos procesos, y también para que en lo sucesivo se tenga mayor celo y contribuyan a la plena vigencia de la doctrina jurisprudencial que ha sido emitida para evitar resoluciones contradictorias sobre casos similares que se han ventilado, y de dicha forma se pueda impartir justicia de manera correcta y uniforme.

3. CONCLUSIONES

Nuestros órganos jurisdiccionales se encuentran obligados a tener presentes los precedentes vinculantes establecidos por nuestra Corte Suprema, ya que la finalidad de estos es generar unidad y predictibilidad de criterios en los fallos que versen sobre casos similares, y en la cual se encuentre inmerso el mismo instituto jurídico, ya que de esa manera se van a disminuir resoluciones oscilantes y contradictorias.

318 Pasco Arauco, A. (2010). Edificación de mala fe, mejoras y posesión ilegítima. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica. N° 143. Lima.

En caso se proceda con el apartamiento de algún precedente tiene que realizar con sujeción a lo previsto por el artículo 22 de la LOPJ.

El IV Pleno Jurisdiccional Civil, ha efectuado una interpretación del artículo 911 del Código Civil, estableciendo en sentido amplio y genérico el concepto de precario, entendiéndose como precario a toda persona que ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente. La carencia de título o el fenecimiento del mismo no solo deben de entenderse respecto al documento, sino a cualquier acto jurídico que autorice a la demandada a ejercer la posesión del bien. El término de restitución previsto en el artículo 585° del Código Procesal Civil debe de entenderse como entrega de la posesión que se encuentra tutelado por el artículo 911 del Código Civil.

En el presente caso el Juez no ha realizado un análisis de los títulos invocados por las partes del proceso en la sentencia en cuestión para que pueda declarar quien tiene el derecho a poseer el bien, contrariamente a ello se ha generado la convicción que no existe una posesión precaria por existir constancias de posesión y una licencia de construcción, los cuales son documentos no idóneos para justificar la posesión. Asimismo, la obtención de una licencia de edificación no puede generar la presunción que por la sola emisión del mismo se tiene que entender que existe una edificación o la conclusión de esta.

No se puede justificar la existencia de edificaciones o modificaciones sobre el predio objeto de desalojo, para que se declare la improcedencia del proceso, bajo el argumento que tiene que previamente dilucidarse el derecho en cuestión en otro proceso, contrariamente a ello, los órganos jurisdiccionales tienen que establecer si el demandante tiene derecho o no a disfrutar de la posesión del bien, es ante ello que el Pleno Jurisprudencial Casatorio ha establecido que dicho cuestionamiento en nada imposibilidad ni condiciona a que se resuelva el proceso de desalojo, dejando a salvo el derecho de la demandada que lo pueda hacer en el proceso que considere pertinente.

La edificación realizada sobre el predio del bien (ajeno), no puede ser considerado como título justificante sobre el predio, ni tampoco ser considerado como debido título o que legitima la posesión sobre esta, es decir, no puede ser entendida como la causa, razón, motivo para poseer, sino, y de acuerdo con el caso concreto, en cuanto haya mediado buena o mala fe, generará un derecho potestativo, como pue-

de ser el reembolso de lo gastado para el constructor o hacerse propietario de esta construcción por el propietario del terreno, según las circunstancias que el caso concreto amerite.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Código Civil

Ley General de Sociedades

Ley nº 29090 - Ley de regulación de habilitaciones urbanas y de edificaciones

Lama More., H. E. (2005). *La Posesión y la posesión precaria en el derecho civil peruano. En El nuevo concepto del precario y la utilidad de su actual regulación en el Derecho Civil Peruano*, Lima: El Peruano

Pasco Arauco, A (2010). Edificación de mala fe, mejoras y posesión ilegítima, Diálogo con la Jurisprudencia- Gaceta Jurídica.

Pasco Arauco, A (2011). La defensa del poseedor precario en el proceso de desalojo ¿El certificado de posesión constituye título que justifique la permanencia del bien? La Corte Suprema se reivindica. *Revista Jurídica del Perú*, N° 119, Lima: Normas Legales.

Recibido: 05/08/2017

Aprobado: 23/05/2018

Dr. Juan Abelardo Villanueva Alarcón: Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestría en Derecho Civil y Comercial (LLM) por la misma casa de estudios.

Correo electrónico: J.abelardovillanueva@gmail.com

La Argumentación Jurídica y la Declaración de Culpabilidad o Inocencia del Procesado

The Legal Argument and the Declaration of Guilt

Esteban Alejandro Guamán Ramos
Investigador Jurídico, Estudio Jurídico Cevallos & Noboa

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 3, 2018, pp. 321-353, ISSN 2588-0837

RESUMEN: la argumentación jurídica constituye en los sistemas judiciales contemporáneos, una categoría de innegable valor. El empleo de una literatura jurídica, de normas pertinentes, de una apropiada valoración de la prueba, ofrecen el espacio al juez para ofrecer pautas valorativas por las que, razona la resolución en su conjunto, y sobre la que se sustenta la declaración de culpabilidad o inocencia. El objetivo general es analizar la vinculación existente entre la argumentación jurídica y la declaración de culpabilidad o inocencia del procesado. Así se logra concluir que ello constituye un componente sustancial de todo fallo judicial en materia penal, porque soporta en sus pilares, la declaración en torno al procesado.

PALABRAS CLAVE: argumentación jurídica, norma jurídica, procesado, culpabilidad, inocencia.

ABSTRACT: the legal argument constitutes a category of undeniable value in the contemporary legal systems. The use of an ample legal literature, the use of relevant rules and an adequate evidence assessment, provide the judge with objective evaluation criteria. The aim of the paper seeks to determine the relationship between the legal argument and the defendant's culpability or declaration of innocence. The study concludes that this relationship is a substantial factor of any judicial decision in criminal law because it holds the essence of the decision.

KEY WORDS: legal argumentation, legal norm, processing, guilt, innocence.

INTRODUCCIÓN

La justicia penal constituye, sin lugar a duda, una de las ramas del Derecho de mayor relevancia en la sociedad contemporánea. Su naturaleza punitiva, determina la necesidad de cada uno de los actores y sujetos del proceso penal, de actuar con la mayor diligencia. En este sentido, no basta con ello, sino que cada operador de derecho interviniente deberá asumir con entereza y responsabilidad, la tarea de adentrarse en una disciplina sensible, relacionada con derechos de innegable valía.

Es así, como uno de los puntos más relevantes del ámbito penal, lo constituye la argumentación jurídica, porque es efectivamente desde esta institución, donde el juez o jueza logra sustentar una resolución, al tener en consideración no solo el conjunto de hechos o fundamentos de derecho que acontecieron en un pasado, sino cuál debe ser hacia el futuro, el pronunciamiento que mejor solucione la vulneración de la realidad contra la que se ha atentado (Rodríguez, 2011)[319].

A consideración de este autor, es la etapa en la que el juzgador analiza cuáles fueron los hechos o acontecimientos derivados del actuar ilícito de la persona, así como la determinación de los derechos que le son atribuibles a los que intervinieron de forma directa o indirecta en dicho suceso, lo que constituye la esencia fundamental de la argumentación jurídica, y aunque no logra agotar la categoría en sí, sí se convierte en el propositum de la institución.

Es claro que, al ser capaz el juez de analizar la historia fáctica que origina el proceso, así como los derechos que deben reconocérsele a los sujetos intervinientes, logra estructurar una narrativa que sustenta su posterior consideración en torno a la declaración de culpabilidad o inocencia. La interpretación jurídica que hace este sujeto procesal logra por medio del empleo de una metodología jurídica de interpretación legal del acontecimiento, establecer los puntos de contacto esenciales entre los hechos y la norma legal.

Este tema es de gran importancia. Aunque pudiera considerarse concluida la cuestión de la argumentación jurídica, toda aseveración en torno a ello sería apresurada, y por consiguiente fuera de lugar. No son pocos los fallos que, son recurridos debido a una ausencia de ar-

319 Rodríguez, J. (2011). Pasado y futuro de la argumentación jurídica. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*(23), 513-535.

gumentación jurídica, que no sostienen la decisión resolutiva, y no son escasos los recursos que son considerados afirmativamente por quebranto de esta categoría. Es la necesidad de comprender mejor la naturaleza y alcances de esta institución en su delimitación de la culpabilidad o inocencia del procesado, lo que ha provocado una especie de curiosidad académica por entender mejor la relación.

Es así que, el objetivo general del presente artículo es analizar la vinculación existente entre la argumentación jurídica y la declaración de culpabilidad o inocencia del procesado; ya que en la realidad, desde que se procede a dar lectura a la argumentación jurídica de un fallo determinado, es posible prever el veredicto definitivo, porque los elementos y la forma en la que el juez narra sus consideraciones argumentativas, ofrecen al lector la indicación de una inclinación u otra, por la condena o absolución.

A base de lo analizado, es claro concluir que, en materia penal, la argumentación jurídica constituye un componente de gran relevancia en la declaración posterior que en torno al procesado realice el juzgador. La delimitación analítica que realice este funcionario en torno a los acontecimientos acaecidos, su vinculación con el comportamiento típico establecido en la norma y la relación con el sujeto hasta entonces presumiblemente autor del hecho, son directamente proporcionales con la decisión definitiva.

Adicionalmente, la argumentación jurídica se erige, además, como un indicador de dicha decisión. Como se ha planteado, es claro conocer o al menos tener una percepción de la postura del juez o jueza, con la simple lectura del análisis que realice este sujeto en su fallo. Con ello se logra establecer la vinculación directa entre una y otra categoría, ello es, entre la argumentación jurídica en la sentencia y el fallo definitivo, cuestiones que son claramente demostradas en el presente trabajo.

Ello se logra por medio del cumplimiento de una serie de objetivos particulares o metas específicas que son delimitadas con la finalidad de establecer pautas de desarrollo concreto en el trabajo. Es así como delimitar las principales concepciones teórico – doctrinales en torno a la argumentación jurídica; así como lograr establecer el vínculo entre la argumentación jurídica con la declaración posterior de culpabilidad o inocencia que realiza el juzgador, constituyen las dos principales aspiraciones del artículo que se plantea.

Para ello, el trabajo se ha estructurado en dos acápites principales. En un primer momento, se establecerán las principales consideraciones doctrinales en torno a lo que los autores han considerado conceptualmente como argumentación jurídica, determinando su naturaleza, clases, perspectivas de la llamada teoría de la argumentación jurídica y su fundamentación. En un segundo momento del artículo, se analizarán las cuestiones principales sobre la incidencia de la argumentación jurídica en la declaración que hace el juez sobre la culpabilidad o inocencia del procesado.

1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Diversas han sido las consideraciones conceptuales que han sido esgrimidas en torno a la argumentación jurídica. No obstante, es pertinente realizar algunas observaciones en torno a los principales elementos que han sido considerados por los diferentes académicos e investigadores, en aras de delimitar conceptualmente la figura, si bien se admite que en la actualidad en la doctrina no existe consenso en torno a ello, ciertamente al tratar cualquier institución jurídica es pertinente adherirse o estructurar determinados rasgos o componentes esenciales que configuran la existencia misma de la institución. Hacia ello va dirigido el presente acápite, el que ha permitido establecer los principales elementos conceptuales de la categoría.

Para Vázquez (2009)[320] la argumentación es inherente al derecho mismo, y al seguir la postura afirmada por Atienza (1990)[321], las ciencias jurídicas son en esencia y fundamentalmente, argumentación legal. Esta afirmación de los referidos investigadores se sustenta en una realidad innegable y es que, en el derecho todo se reduce a la argumentación. Es así como, el procesado argumenta sobre su inocencia, el abogado la sostiene y la defiende, el fiscal argumenta para romper con dicho estado, los testigos favorecen una u otra condición, y el juez, argumentando, la define finalmente.

320 Vázquez, O. (2009). De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*(12), 71-110.

321 Atienza, M. (1990). Para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*(8), 39-62.

Si ello se tiene en cuenta, es claro que la actividad argumentativa ciertamente se encuentra en cada una de las operaciones que tienen lugar dentro del proceso. Mas para lograr reunir los elementos pertinentes que posibiliten una definición de la institución, es meritorio explorar las consideraciones que proveen una clara complejidad a la misma.

El propio académico Atienza (1998)[323], refiere que, para construir un concepto de argumentación jurídica, deben considerarse tres situaciones que ofrecen efectivamente la difícil tarea de hacerlo. De esta forma el citado investigador considera que deben tenerse en cuenta, una concepción o tendencia formal, material y otra que se identifica más con lo pragmático o dialéctico. La noción formal de la argumentación jurídica es aquella en la que el ser humano debe llevar a cabo un proceso de resolución de una dificultad o problema identificado, a partir de la obtención de cierta información previa, realizando un proceso de abstracción en el sentido de considerar cuál es la realidad de dichas premisas.

Un segundo tipo de argumentación, es la denominada material, en la que ya el individuo no realiza una mera abstracción de la verdad contenido en la información obtenida, sino que debe referirse a cuestiones mucho más importantes y realmente esenciales, de forma tal que el análisis que realiza de una determinada situación o hecho se sustenta siempre en la realidad y no en una interpretación de los mismos.

Una tercera noción, es la que se da en el ámbito dialéctico, que se manifiesta en la obtención de información a partir de la interacción con otras personas en el espíritu de que asimilen y admitan determinadas posturas. En este sentido, estas tres formas de llevar a cabo el proceso argumentativo implican que, en la primera tendencia, se aplican las ideas derivadas de la deducción; mientras que en la segunda son la ciencia y la técnica las que ofrecen los elementos necesarios para el análisis; mientras que en la tercera son las relaciones sociales y la incidencia de un criterio sobre otro las que definen el criterio y la argumentación.

Otra postura es asumida por el investigador Muñoz (2003)[324] quien considera que la noción de argumentar en su sin que la acepción, es

322 Atienza, M. (1998). A propósito de la argumentación jurídica. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derech*o, 2(21), 33-50.

323 Muñoz, R. (2003). La argumentación jurídica: un discurso de poder. *Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, 2(3), 135-142

la que implica la posibilidad estudiar el cómo o la forma en las que los seres humanos "(...) piensan, discuten, aciertan o se equivocan" (p. 136). Si ello se tiene en cuenta para el investigador en materia de argumentación jurídica es preciso respetar los llamados "silogismos dialécticos" (Trujillo y Vallejo, 2007)[325], porque cuando se argumenta en materia de Derecho, se somete dicha actuación a la posibilidad de controversia y de refutabilidad, no ofreciéndose de esta forma una definición exacta, sino más bien problemática.

Una noción mucho más amplia la ofrece el académico Vázquez (2009)[326], quien refiere que el proceso de argumentación jurídica no solamente se da en el ámbito de la actuación de un juez, sino que también se manifiesta el proceso cuando "(...) se produce una norma jurídica, cuando se dictó una decisión, cuando se trata de explicar un fenómeno jurídico, cuando se informa a los medios de comunicación sobre un hecho jurídico (...)" (p. 71); cuestión en la que si bien es cierto, desde el estudio que planteamos solamente nos limitaremos a analizar la argumentación jurídica en la actuación del juzgador.

Para el investigador Grández (2010)[327] la argumentación jurídica o también como ha sido considerada por la doctrina la "justificación", puede ser tomada en cuenta como una "(...) herramienta de autolegitimación (...)" (p. 257), que no solo ofrece dicha posibilidad para los órganos de administración de justicia, sino para todo el poder jurisdiccional en su conjunto. De esta forma para este autor por medio de la argumentación jurídica el juzgador logra vincular de forma directa, las potestades jurisdiccionales que le han sido conferidas, con los pilares fundacionales de la democracia y la justicia, por medio de la imposición del razonamiento legal (Iturralde, 1992)[328].

Un importante aporte en materia conceptual de la argumentación jurídica la constituye la obra realizada por los investigadores Rivas &

324 Trujillo, J. F. y Vallejo, X. (2007). Silogismo teórico, razonamiento práctico y raciocinio dialéctico. *Praxis Filosófica*(24), 79-114.

325 Vázquez, O. (2009). De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*(12), 71-110.

326 Grández, P. (2010). Justicia constitucional y argumentación jurídica. *Parlamento y Constitución*. Anuario(13), 249-280.

327 Iturralde, V. (1992). Argumentación y razonamiento judicial. *Theoria: an International Journal for Theory, History and Foundations of Science*, 7(16-18), 1049-1078.

Serrano (2015)[329] quienes consideran que, en materia de definición de la argumentación jurídica, han existido en esencia escuelas. La primera fue la iniciada por Viehweg, y se caracterizó por la existencia de las premisas o los llamados "tópicos", y que en su esencia dada la posibilidad al sujeto o de realizar la argumentación sustentada en determinadas posibilidades que orientaban su idea interpretativa pero que no le permitían realizar conclusiones demasiado extensas ni concretas.

Una segunda escuela fue la del catedrático polaco Perelman que encabezó la llamada tendencia retórica, en la que por primera vez se omite cualquier tipo de interpretación lógica-formal, por un análisis retórico o dialéctico, interesando en esencia la estructuración de la argumentación y no otros aspectos que pudieran derivarse de las normas, por lo que el análisis en la persuasión es esencial para evidenciar la razonabilidad de un criterio determinado. La tercera escuela de la argumentación jurídica fue la defendida por el británico Edelston, con la llamada lógica informal. Para este académico en materia de argumentación es preciso llevar a cabo un proceso de operativización o aplicación en la realidad, de forma tal que sustenta su tesis en la ciencia jurídica en general y la jurisprudencia en particular, cuestión esta última que constituye el modelo esencial a seguir ante cualquier situación, a los efectos de argumentación.

Como se ha evidenciado disímiles son las consideraciones conceptuales en torno a la argumentación jurídica. De ellos se pueden extraer determinadas ideas conclusivas. Es claro que no hay una conciliación entre los diferentes académicos en torno a los elementos que integran un concepto de argumentación jurídica. Es claro que la noción de esta institución depende en gran medida de la escuela en la que se eduque cada autor. No obstante, nuestra consideración es consistente a la expuesta por el catedrático español Puy Muñoz (2009)[330] quien refiere que cuando se hace alusión a esta institución, pueden considerarse dos delimitaciones conceptuales de gran relevancia, exponiendo que:

a) Una argumentación jurídica es un discurso por el que un jurista que ve claramente que una cosa es el derecho de una persona, ilu-

---

328 Rivas, F. J. y Serrano, A. J. (2015). Escuelas de la teoría de la interpretación y argumentación jurídica. *Revista Iberoamericana de las Ciencias Sociales y Humanisticas: RICSH*, 4(8), 382-395.

329 Puy Muñoz, F. d. (2009). Sobre oralidad y argumentación jurídica. *Dereito: Revista Xurídica da Universidades de Santiago de Compostela*, 18(2), 117-147.

mina esa realidad a otra u otras personas que no la ven en absoluto, o no la ven de una forma clara y precisa, y las convence de que actúen respetándolo.

b) Una argumentación jurídica es un discurso por el que un jurista que ve claramente la verdad de la tesis "esto pertenece a este", explica, aclara o ilumina tal proposición a otra u otras personas que no entienden esa proposición de una forma clara y precisa, hasta que las persuade de que tal derecho existe y de que deben proceder respetándolo. (p. 127)

Si ello se tiene en cuenta y coincidiendo con el sustento esencial expuesto por este autor, es claro que la argumentación jurídica implica el análisis discursivo que realiza en esencia cualquier jurista, por lo que puede ser ejercitado tanto por un juez, abogado, fiscal u otro operador del Derecho. En primer lugar, como una de sus facetas implica la posibilidad que dicho jurista se percate de la existencia real de un derecho de otra persona, y ante la incapacidad de ese individuo o de otras que le rodean, de comprender el verdadero sentido y naturaleza del mismo, les ofrece por medio de la argumentación, ello es, de la explicación motivada y razonada, la esencia del mismo de forma tal que se lleva a cabo un proceso de convencimiento, con el consecuente respeto al mismo.

La segunda acepción derivada de la definición aportada por Puy Muñoz, es aquella en la que este operador jurídico es capaz de percatarse de la realidad objetiva y la veracidad de una tesis determinada, ello es de la existencia de un argumento o que desde su concepción es claro, ofreciéndole a los demás individuos que no son capaces de comprender la veracidad del mismo, las explicaciones pertinentes para que logren entender dicha realidad, brindándoles la información necesaria por las que logra persuadirlos de la existencia de ese derecho y que efectivamente debe garantizarse.

2. NATURALEZA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Conocer la verdadera naturaleza de cualquier institución jurídica es esencial. Dominar de esta forma los elementos y componentes que caracterizan el funcionamiento de dichas categorías, supone una necesidad para el investigador, a los efectos de poder comprender la esencia misma de cada institución en estudio. De esta forma para comprender efectivamente la verdadera naturaleza de la argumentación jurídica,

es necesario entender para qué se utiliza la categoría en estudio, cuestión que será tratada de forma breve en el presente punto, ofreciendo de esta forma determinados aspectos analíticos en torno a la existencia propia de la institución.

Como bien expone el académico Valenzuela (2005)[331] al analizar la naturaleza de la argumentación jurídica, es necesario distinguirla de los demás actos argumentativos. De esta forma se puede considerar que esta institución posee una naturaleza especial en el contexto de la justificación de ideas y criterios. Es claro que en la categoría que se analiza, la especialidad viene dada porque se sustenta en determinadas normas y reglas de orden legal, que constituyen el fundamento de las decisiones y fallos dictados por determinados órganos.

Así, por ejemplo, los jueces y juezas deben sustentar sus criterios y opiniones judiciales, en dichos preceptos, los que se encuentran establecidos en el ordenamiento jurídico y que en su conjunto convierten en pertinentes, verídicas, y válidas, las argumentaciones esgrimidas por este tipo de funcionarios en el ámbito de sus competencias. Es claro que para que los juzgadores emitan un criterio definitivo sobre determinado asunto que es sometido a su competencia, deben utilizar determinadas premisas, que deberán vincular con el espíritu normativo establecido en el sistema de leyes. De esta forma las normas existentes, justifican el análisis y la argumentación que empleen en sus resoluciones.

En este sentido, queda claro que la naturaleza de la argumentación jurídica responde a la necesidad que posee el juzgador de sustentar y justificar su fallo. Por medio de la utilización de un lenguaje técnico jurídico, pero asequible a la sociedad, el juez o jueza logró establecer una narrativa que respalda una futura postura, teniendo para ello en consideración los elementos de prueba, así como la normativa existente. Es de esta forma que, por medio de la utilización de ciertas premisas existentes dentro de un proceso determinado, que este funcionario logra realizar un análisis integral que, respondiendo a criterios de racionalidad, lógica y deducción objetiva, que verifican, validan y legitiman su decisión definitiva.

330 Valenzuela, R. (2005). La naturaleza de la argumentación jurídica. *THEMIS: Revista de Derecho*(51), 115-119.

3. FUNDAMENTACIÓN O NECESIDAD DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Cualquier categoría jurídica se sustenta sobre fundamentos concretos. La existencia de cualquier institución en el ámbito del Derecho serie sobre determinada necesidad real en el ámbito social. Ello es lo que acontece en esencia con la argumentación jurídica. Delimitar los principales elementos por los que se justifica la existencia de esta categoría constituye el principal objetivo del acápite que se plantea. A través del mismo, se logran establecer los componentes que constituyen el fundamento de la existencia y estructuración del ejercicio que llevan a cabo los jueces en su función judicial, principalmente en el ámbito de la elaboración y planteamiento de las razones y valoraciones de sus resoluciones judiciales.

La argumentación jurídica se sustenta sobre una necesidad objetiva del sistema jurisdiccional, de validar sus fallos judiciales. Por medio de dicho ejercicio, los jueces y juezas logran legitimar definitivamente la decisión sobre la culpabilidad o inocencia del procesado. Uno de los análisis más completos en materia de fundamentación el ejercicio de esta institución fue realizado por el académico Moreno (2012) quien refiere que en materia de argumentación jurídica existen determinadas necesidades que justifican su ejercicio por cualquier funcionario judicial.

Un primer elemento según expone este autor es la existencia de conflictos legales que se manifiestan en la norma. Para el investigador Ausín (1994)[332] existe un conflicto o normativo "(...) cuando diferentes normas establecen cualificaciones legales incompatibles para el mismo caso concreto o para la misma clase de casos concretos" (p. 394). De esta forma la conflictividad jurídica se manifiesta que permite la realización o la adopción de determinada acción, mientras que otra de forma expresa tácita, la impide. También se puede manifestar cuando existen dos normas, en la que una al garantizarse o ejecutarse en la realidad, excluyen la posibilidad que otra sea cumplida.

Otro de los espacios en los que se sustenta o es necesaria es ante la existencia de los llamados conflictos de asignación, los que a conside-

331 Ausín, T. (1994). Conflictos normativos y análisis lógico del derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*(11), 393-406.

ración de Moreno (2012)[333], surgen cuando el juez está en la obligación de otorgarle determinado alcance y sentido, a la terminología utilizada o existente en algún precepto legal. De esta forma el juzgador tiene que realizar en determinados momentos, un acto de interpretación del texto jurídico, y conferirle o asignarle, determinada significación, de forma tal que su análisis y justificación incidan de forma objetiva y concreta en la resolución definitiva del proceso.

Adicionalmente, de los componentes en los que la argumentación jurídica juega un papel importante, es ante los llamados conflictos por determinación de hechos. Sin lugar a duda todo tipo de proceso en general, y el penal en particular, se sustenta o fundamenta sobre determinados elementos fácticos, sobre los que se sustenta y gira toda la actividad probatoria de las partes, así como el análisis del juzgador. La búsqueda de la verdad material constituye la esencia misma del proceso penal, pues conocer, comprender y tener certeza de lo que realmente aconteció, constituye la premisa esencial y fundamental de todo proceso y, por ende, de la actuación del juez/ (Parra, 2003)[334].

Es así que, cuando en un proceso penal, existen determinados hechos que ofrecen una complejidad como para que el juez pueda ofrecerle legitimidad a una sola de las versiones, tiene la obligación por medio de la argumentación jurídica, que afiliarse a una u otra postura, justificando y explicando la posición, por medio de un análisis de la norma aplicada a las situaciones de hecho comprobadas dentro del proceso, las que incidirán de forma contundente en el fallo.

De esta forma esencial también en la consideración argumentativa que realiza el juez o la jueza, es la relevancia que le confiere a los hechos. El ejercicio de argumentación jurídica es necesario, porque por medio de su ejercicio se puede conocer la preeminencia que el juzgador le confiere a determinados elementos fácticos por sobre otros, ofreciéndoles una atención por medio de su análisis e interpretación más trascendental que a otros.

---

332 Moreno, R. (2012). Argumentación jurídica, por qué y para qué. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 45(133), 165-192.

333 Parra, M. V. (2003). Implementación del sistema acusatorio en Colombia principios que rigen la prueba. *Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, 2(4), 21-28.

Es así como este funcionario logra por medio de su justificación dentro de la sentencia, diferenciar todos y cada uno de los hechos que tienen lugar en el mismo, calificando de pertinentes o impertinentes, probados o no probados, hechos verídicos o de dudosa consideración, de forma tal que de entre todos los acontecimientos ocurridos y que participaron en el proceso, el juez realiza una selección justificada, lo vincula con la normativa existente y sustenta al final su decisión en torno a la culpabilidad o inocencia de la persona.

Un elemento importante que justifica esta institución es la necesidad de rechazar cualquier tipo de postura o análisis autoritario dentro del proceso penal. Aunque ciertamente la naturaleza punitiva y coactiva de las normas jurídicas penales, ofrecen determinado sentido de imposición, en realidad la argumentación jurídica lo que busca es sustentar y validar una decisión judicial, de forma tal que lo que le determinado consenso en la sociedad.

Sobre este aspecto, el investigador Belardinelli (1991)[335] realiza un análisis en torno a la llamada teoría consensual de la verdad, de gran valor en materia de argumentación jurídica. Este académico refiere que cuando se alude a esta posición, se hace referencia en esencia a dos presupuestos necesarios que deben conformar la estructuración de todo discurso, dentro del que se encuentra la que realizan los jueces y refiere que:

> (...) el primero es que todas las proposiciones verdaderas pueden ser fundadas; el segundo es que en una situación lingüística ideal son siempre los argumentos mejores los que prevalecen (...) La verdad es una pretensión de validez que logramos a los enunciados de los cuales nos servimos en nuestras afirmaciones (...) Pero ciertamente la verdad no se agota en esta "pretensión" (...) esta pretensión puede ser llevada al engaño o a la razón y que la última palabra corresponde a la determinación del hecho de si "en realidad" las cosas están exactamente como suponemos. (p. 122-123)

De esta forma se logra legitimar una vez más la búsqueda de la verdad material y la obsolescencia del autoritarismo dentro del proceso penal. Ciertamente la argumentación jurídica favorece la sustentación de un lenguaje que argumenta una postura determinada por medio de

334 Belardinelli, S. (1991). La teoría consensual de la verdad de Jürgen Habermas. *Anuario Filosófico*, 24(1), 115-124.

la utilización lingüística de forma tal que por medio de ello se logre otorgar o conferir validez a un hecho por sobre otros, de limitándose en los análisis que realiza el juzgador.

Pero a consideración de este autor la afirmación y su vinculación con la verdad y la ausencia de autoritarismo dentro de la argumentación jurídica, va mucho más allá porque es necesario comprobar que la realidad sobre la que se sustenta la afirmación, en este caso la argumentación que realiza el juzgador guarda una vinculación real y concreta con la suposición plasmada en este caso, en el fallo judicial. Lo cierto es que, por medio del ejercicio de esta justificación, el juez logra deshacerse de la investidura autoritaria que es propia del sistema penal, invalidar un fallo final sustentado en la objetividad y certeza que determinados hechos entran en conflicto o con el deber ser establecido en la norma jurídico-penal.

Como ha quedado demostrado ciertamente la argumentación jurídica constituye una institución que es necesaria y se fundamenta sobre la exigencia de la legitimación de la administración de la justicia penal. Por medio de ella se logra validar el conjunto o de decisiones que en un momento determinado puede adoptar el juzgador en torno a la condición de inocencia o culpabilidad del procesado. La solución de cualquier conflicto jurídico o fáctico dentro del proceso es remediada por medio de esta práctica, validando unas u otras postulaciones esgrimidas por las partes.

4. CLASES DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Es pertinente comprender a los efectos de entender de mejor forma el tema en cuestión, los diferentes criterios o clasificaciones que han sido esgrimidos por doctrina en torno a la argumentación jurídica. Conocer los principios característicos que distinguen unas de otras, constituye sin lugar a duda el principal objetivo del acápite que se plantea, favoreciendo el análisis de determinados componentes que posibilitan la identificación y distinción entre unos y otros tipos de argumentación. Es así como se logra ofrecer al lector, determinados postulados que le ofrecen información y le posibilitan la diferenciación entre unas y otras clases, a los efectos de poder reconocerlas en la realidad jurídica.

Diversas han sido las consideraciones realizadas por la doctrina en torno a las diferentes clases de argumentación jurídica existente. Uno

de los exponentes en este sentido es el catedrático Atienza (1998)[336] quien refiere que se pueden distinguir tres tipos; el primero es aquel tipo que tiene lugar cuando se produce alguna norma jurídica. A consideración del investigador en este caso existe la necesidad de realizar determinados análisis legales lo en el proceso de conformación y estructuración de un precepto jurídico, que no solo se limita al orden gramatical sino a las consecuencias y efectos que ello posee sobre la legalidad en general y sobre la sociedad.

Una segunda clase de argumentación jurídica esgrimida por este investigador es aquella en la que se realiza aplicando un precepto legal a una situación fáctica determinada. De esta forma en muchas ocasiones se exige solucionar determinados conflictos que tienen lugar en torno a la aplicación del Derecho a un acontecimiento concreto, así como lograr vincular un hecho contrario al ordenamiento jurídico con una norma establecida en el mismo; es necesario por ende la realización de un ejercicio de interpretación jurídica que logren vislumbrar la salida a tal problemática.

Finalmente, el académico confiere que existe aquella argumentación jurídica cuando se aplica o se alude a la dogmática jurídica, que se manifiesta cuando es necesario ofrecer determinadas opiniones ante los órganos competentes, así como criterios de especialistas y estudiosos de gran prestigio, sobre determinada cuestión que estuviera siendo conocida dentro de un proceso.

Otro de los autores que se ha referido en torno a las clases de argumentación jurídica, es la portada por la académica mexicana Meza Fonseca (2006)[337] la que expone que puede distinguirse el llamado argumento de autoridad que consiste en "(…) reconocer a la cita de la jurisprudencia y de la doctrina para reafirmar o reforzar las razones que se dan para sostener una tesis" (p. 94). Si se tiene en cuenta ello es claro que este tipo de argumentación jurídica se sustenta en la existencia de criterios jurisprudenciales o doctrinales de gran relevancia que le imponen al juzgador la posibilidad de utilizar dichos criterios porque constituyen una opinión autorizada en el ámbito del Derecho o de la realidad en la que se está conociendo dentro del proceso.

---

335 Atienza, M. (1998). A propósito de la argumentación jurídica. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 2(21), 33-50.

336 Meza, E. (2006). Argumentación e interpretación jurídica. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*(22), 91-113.

Adicionalmente se distingue el llamado argumento jurídico analógico. Sobre este aspecto se pronuncia el investigador Dorantes (2011)[338] la analogía puede ser empleada dentro de la argumentación jurídica solo en determinadas ocasiones. De esta forma cuando la norma jurídica le ofrece al juez una cría de carácter general, estableciendo en la norma determinadas definiciones o criterios que no son concretos ni están expresados de forma clara, entonces el juzgador puede y debe realizar una estimación o investigación para poder aplicar ha dicho hecho, otros criterios que han sido considerados con anterioridad sobre el mismo precepto jurídico.

Otro de los supuestos que lo que podría implementarse la argumentación jurídica por analogía es cuando se manifiesta una omisión en la legislación, en la que el juez tiene el deber de realizar una interpretación análoga sea con anterioridad ya han sido estimadas situaciones fácticas similares o de parecida condición. También puede considerarse este tipo de argumentación cuando existen dos o más normas jurídicas, en las que no existe preeminencia de unas sobre otras, pero cuya contradicción pudiera provocar su ineficacia, teniendo este funcionario la obligación de realizar las analogías pertinentes al caso concreto.

Finalmente, refiere el investigador que se puede utilizar la argumentación jurídica por analogía cuando el ordenamiento jurídico es insuficiente para dar respuesta a una situación concreta en la que el legislador, en el momento de la promulgación de la ley, no previó la posibilidad de ocurrencia, y que sin embargo en la realidad social se vulneran determinados derechos o principios del sistema jurídico, imponiendo al juez el deber de pronunciarse en torno a la cuestión mediante un análisis crítico jurídico del hecho.

Otra de las clases de argumentación jurídica establecida por Meza, es la sistemática. En este sentido la autora refiere que este tipo de argumentación alude al hecho necesario que en primer lugar debe interpretarse el precepto jurídico que deberá aplicarse la situación fáctica, y solo cuando se ha logrado identificar esta relación, entonces se está en condición de realizar los razonamientos y consideraciones necesarias, que justifiquen la aplicación de dicho precepto jurídico al acontecimiento acaecido. De esta forma se demuestra que la norma jurídica aplicable, no se encuentra excluida ni separada del principio integral

337 Dorantes, F. J. (2011). Algunos argumentos jurídicos especiales. La analogía y la abducción. Los argumentos “a contrario” y “a fortiori”. *Alegatos*(79), 721-740.

que caracteriza al ordenamiento jurídico, sino que por el contrario todas y cada una de las normas establecidas en el sistema de justicia penal del país, puede y debe ser aplicable a un caso concreto, cuando así lo amerite el mismo.

Otro criterio clasificatorio en torno a la argumentación jurídica expuesta por esta autora es el llamado argumento jurídico de equidad, cuya finalidad en esencia es establecer los análisis y las críticas motivacionales que justifican una decisión justa y apegada al principio de justicia que debe imperar en el proceso. Adicionalmente se refiere a la argumentación jurídica *a fortiori*, cuando se incorporan otros elementos analíticos a los que en su momento tuvo en cuenta el funcionario para adoptar su decisión; la argumentación jurídica psicológica, vinculada con el principio de voluntariedad del sujeto que realizó el hecho; el teleológico, vinculado con el análisis relacionado con el verdadero sentido, alcance y espíritu del ordenamiento jurídico y la aplicación de una norma a una situación fáctica concreta; entre otros de igual relevancia.

5. ALGUNAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Un punto que no puede dejarse pasar por alto, son las consideraciones que en torno a las diferentes teorías se han erigido en la realidad. Para comprender mejor cualquier institución en materia del Derecho, es necesario comprender mínimamente, los principales postulados que identificaron las diferentes concepciones históricas que delimitaron la evolución de una categoría determinada. El hacerlo ofrece al investigador las pautas o elementos característicos esenciales que le posibilitan valorar si se ha progresado en la estructuración en este caso, de la argumentación jurídica. De esta forma este constituye la principal meta del acápite que se analiza, posibilitando conocer de forma crítica las diferentes tendencias en torno al tema de estudio.

Las llamadas teorías de la argumentación jurídica surgen a consideración del académico Martínez (2005)[339] surgen en Europa al finalizar la segunda guerra mundial, al tener como finalidad la necesidad de encontrar una racionalidad en los diferentes fallos y actuaciones del Derecho, así como encontrar la justificación de la existencia de un

338 Martínez, F. (2005). Teorías de la argumentación jurídica: una visión retrospectiva de tres autores. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*(8), 273-296.

conjunto de procedimientos dentro del proceso que afectan la decisión final del funcionario competente.

Una de las primeras teorías surgidas fue la defendida por Theodor Viehweg, quien es considerado como el padre fundador de los principios que sostienen desde entonces las diferentes corrientes en torno a la argumentación jurídica. Este académico retoma la concepción tópica jurídica que fue inicialmente enunciada por Aristóteles. De esta forma consideraba que, en materia de argumentación jurídica, era necesario tener en cuenta tres aspectos esenciales.

Un primer elemento considerar la aplicación de la llamada "técnica del pensamiento problemático"; un segundo aspecto era la consideración del lugar común y finalmente la necesidad de buscar y analizar las premisas existentes en un caso determinado. De esta forma lo realmente importante en la teoría tópica de la argumentación jurídica de Viehweg, fue orientar la posibilidad de razonar hacia la verdadera problemática existente. Esta concepción se justificó en esencia sobre el fundamento o de que la argumentación jurídica se fundamenta no en la estructuración interna que pudiera realizarse, sino en las conjugaciones que son general y comúnmente admitidas y plausiblemente razonables para toda la sociedad (Aránguez, 2017)[340].

Con posterioridad a ello surge la teoría de la nueva retórica, cuyo máximo exponente fue el polaco Chaim Perelman. Para este investigador la argumentación jurídica constituye el pilar fundamental de la argumentación retórica, afirmando que, en materia jurídica, todo lo que existe y que en esencia es lo trascendente, es el discurso del operador jurídico, y que en ello la retórica ofrece las herramientas necesarias para poder comprender los análisis que en este campo tienen lugar. De esta forma el académico consideró que era pertinente considerar a la sociedad en su concepción general, así como en el entorno particular cuando dicho discurso es dirigido a un conjunto o determinado de personas, pero que en ambos casos la retórica está dirigida lograrla persuasión en el público (Lionetti, 2004)[341].

339 Aránguez, T. (2017). ¿Es necesario un giro haretaico de la teoría de la argumentación jurídica? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*(40), 337-354.

340 Lionetti, J. P. (2004). La toma de decisiones en la argumentación jurídica. Breves apuntes para una aproximación al tema. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*(7), 57-72.

Posterior a ello surge una teoría o tendencia cuyo máximo exponente fue Stephen E. Toulmin, la que se sustentaba sobre la necesidad de estructurar los argumentos. Para este académico en la estructuración de la argumentación jurídica deben considerarse cuatro componentes de gran relevancia: lo que se pretende, las razones en las que se sustenta dicha pretensión, la garantía para el logro de la misma, y el respaldo objetivo y concreto para lograrlo. Sobre estos aspectos los académicos Suárez Romero & Conde Gaxiola (2009)[342] exponen que:

> La pretensión significa el horizonte de inicio y el devenir del acto argumentativo. Las razones deben estar basadas en hechos concretos, que desarrolla un sujeto determinado teniendo que aportar enunciados generales y específicos que validen sus razones. Las garantías, son reglas que permiten o autorizan el traslado de un tejido enunciativo a otro. Y finalmente, el respaldo presupone la garantía matizada variando según el tipo de argumentación. (p. 42)

Si se tiene en cuenta ello es clara que la pretensión implica la meta a la que aspira la persona y que supone la necesidad de ir estructurando o pensando los elementos argumentativos que serán necesarios exponer para lograr tales fines. Dicha pretensión debe estar sustentada en determinadas razones, ello es, acontecimientos reales que deben ser considerados y guardar vinculación y soporte en el ordenamiento jurídico. Adicionalmente es necesario tener garantías, o sea, la necesidad de la existencia de preceptos legales que justifiquen y respalden la pretensión sobre el hecho concreto acontecido, de forma tal que por medio de la argumentación se respalde la pretensión interesada. Hacia finales de los años setenta del pasado siglo surge la concepción estándar de la argumentación jurídica por medio de la obra L*egal Rasoning and Legal Theory,* del investigador Neil MacCormick, quien defendió una teoría integradora de la argumentación jurídica. Para este académico la postura se sustenta en la necesidad de comprender que la argumentación jurídica posee una función justificatoria, con un objetivo persuasivo, en la que es necesario entender que para lograr dicha acción es ineludible el empleo de elementos que se encuentren justificados tanto en los hechos como en la legislación vigente (García J. A., 2010)[343].

341 Suárez, M. Á., y Conde, N. (2009). *Argumentación Jurídica. Cuadernos de Trabajo UNAM*(1), 1-78.

342 García, J. A. (2010). ¿Es realista la teoría de la argumentación jurídica?: Acotaciones breves a un debate intenso. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*(33), 441-452.

Otra importante teoría es la llamada del discurso práctico general, esbozada por Jürgen Habermas. Esta teoría se sustenta en la acción comunicativa que deben tener las partes en todo tipo de proceso, de forma tal que en materia jurídica solo el argumento cumple una función mínimamente racional cuando realmente se respetan estas reglas, de forma tal que todo lo que se diga responda a una necesidad imperante. De esta forma por medio de esta teoría, lo que se esgrime es la necesidad de dirigir y realizar todas las explicaciones y justificaciones que sean racionalmente necesarias, para que la sociedad en su conjunto comprenda el sentido y alcance de una decisión (Moral, 1998)[344].

Una última teoría de la argumentación jurídica que junto a la de Habermas, disfruta de gran aceptación en la contemporaneidad, es la llevada a cabo por el académico Robert Alexy, quien es el máximo exponente de la llamada teoría de la argumentación jurídica como caso especial del discurso práctico general. Para este investigador cualquier ejercicio de la argumentación jurídica se deriva de la práctica, en la que se aplican los conocimientos que en torno al Derecho posee el sujeto. De esta forma propone que cualquier actor de argumentación jurídica se sustente en un ejercicio efectivo de análisis y descripción de la situación en sí, y su vinculación con la norma jurídica (Ruiz M. , 1994)[345].

Muchos autores consideran que la teoría del discurso de Alexy, es en esencia una teoría de carácter procedimental sustentado en el hecho de que el propio autor considera que un prefecto jurídico es asimilable, adecuado y correctamente planteado solo si es el resultado de un procedimiento determinado. Para este académico existen seis reglas que caracterizan o deben estar presentes en todo proceso de argumentación jurídica. De esta forma identifica las llamadas reglas fundamentales, reglas de fundamento o, reglas de la carga de la argumentación, reglas de las formas de los argumentos, reglas de razón y finalmente las reglas de transferencia (Rojas, 2002)[346].

343 Moral, L. M. (1998). ¿Qué discurso para la moral?: Sobre la distinción entre aplicación y justificación en la teoría del discurso práctico general. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 1(21), 193-208.

344 Ruiz, M. (1994). El cambio de paradigma en las funciones de la dogmática jurídica: algunos apuntes sobre la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy. *Anuario de Filosofía del Derecho*(11), 347-366.

345 Rojas, V. (2002). La teoría de la argumentación jurídica, la versión de Robert Alexy. *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 11(2), 137-183.

En este sentido, al seguir la línea del investigador las llamadas reglas fundamentales son aquellas que permiten una comunicación cuya finalidad sea la demostración de la veracidad sobre algo; las reglas de fundamento o son las que imponen a cada persona la necesidad de justificar o razonar racionalmente su pretensión a base de determinadas condiciones objetivas irreales. Por su parte las reglas de la carga de la argumentación son aquellas que poseen un contenido mucho más técnico, pues son las que les confieren a los individuos la posibilidad de exponer o demostrar su dicho, así como de contradecir otros, sustentándose en un análisis racional.

Las reglas de las formas se refieren en esencia a la cuestión formal en el planteamiento de las pretensiones y razones de las partes, en la que cada persona debe elegir el lenguaje que racionalmente ofrezca de forma clara y precisa sus exigencias y mecanismos para lograr lo que desea. Las reglas de la razón por su parte serie como aquel conjunto de aspectos analíticos que ofrecen las personas de forma tal que racionalmente se considere que posee determinada justificación para exigir algo. Finalmente, las reglas de transición son aquellas que imponen ante la existencia de determinados obstáculos, la posibilidad de reestructurar el discurso y la argumentación, transformándose de forma tal que pueda dar solución a las nuevas exigencias.

Estas teorías de la argumentación jurídica que han sido analizadas y expuestas constituyen sin lugar a duda tendencias de gran relevancia en el ejercicio de la argumentación jurídica contemporánea. Aunque muchas de ellas adolecen de la complejidad necesaria como para agotar las exigencias de esta práctica, ciertamente ofrecen determinadas pautas que logran desde el ámbito del derecho, ofrecer elementos críticos de gran relevancia para los operadores jurídicos en su actuación argumentativa cotidiana.

En materia penal es de gran relevancia, especialmente para el juzgador quien tiene la obligación de argumentar en su sentencia o resolución judicial, la decisión adoptada. Cada una de estas teorías y tendencias aluden a la necesidad de aplicar una racionalidad en el establecimiento o de los principales hechos contenidos en dicha resolución, la apreciación y aplicación pertinentes de la norma jurídica que le es aplicable, de forma tal que no solo se quede en una interpretación gramatical de la ley, sino que otros principios y valores sean aplicables de forma adecuada en las consideraciones que realice este funcionario.

6. CONSIDERACIONES PROPIAS DE UNA TEORÍA DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Construir una teoría no es cuestión fácil, y aunque no constituye el objeto del presente artículo, se considera pertinente realizar algunas observaciones en torno a la argumentación jurídica y a los principios que la deben informar, sobre todo en materia penal. Para la estructuración de una noción teórica de esta institución es meritorio tal y como expone el académico Atienza (2005)[347] que se consideren tanto el objeto, el método y la función que persigue la argumentación jurídica dentro de las ciencias del Derecho. En esencia de lo que se trata es de comprender que es lo que implica la argumentación jurídica, porque es importante y de qué forma se puede implementar.

Si se tiene en cuenta ello es claro que una teoría de la argumentación jurídica tiene como objeto establecer los lineamientos fundamentales que deben considerar los operadores jurídicos, principalmente los juzgadores, para realizar los análisis motivacionales en sus resoluciones judiciales. De esta forma se sustentaría dicho examen en los elementos fácticos que han sido incorporados al proceso. Solamente por medio de la comprobación de ciertos hechos, es que el juez o la jueza entonces tendrían que vincularlo con determinada norma jurídica y no al contrario.

Una teoría de la argumentación jurídica implica que en primer lugar el juzgador tenga que establecer del conjunto o de elementos fácticos que le han sido aportados por las partes dentro de cualquier proceso, tener que establecer la veracidad de los mismos, distinguir entre aquellos que han sido demostrados por medio de las diferentes pruebas, de aquellos que no lo han sido, así como identificar dentro del conjunto o de hechos comprobados, cuáles son pertinentes o impertinentes a los efectos de la declaración de culpabilidad o inocencia del procesado.

Cuando el jugador ayer delimitado y filtrado el conjunto de hechos que son esenciales para la determinación de un criterio de culpabilidad o inocencia, entonces una segunda tarea sería la de identificar los elementos normativos necesarios que determinan: 1. El precepto legal vulnerado con el comportamiento del sujeto; 2. El precepto legal que sustenta la solución ha dicho quebranto. Es así y solo así cuando el juez valida y justifica un fallo final. De esta forma una teoría de la argumen-

346 Atienza, M. (2005). Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica. *Doctrina Jurídica*(134), 203-220.

tación jurídica establecería la necesidad que el juzgador sustentado sobre hechos controvertidos, demostrados y pertinentes logre establecer la norma sobre la que sustentaría su análisis racional y su fallo concreto.

Un segundo elemento vinculado con esta teoría sería la relacionada con la metodología, ello son las reglas que debe respetar el operador jurídico para poder argumentar de forma legal su decisión en cualquier tipo de resolución judicial. De esta forma y al seguir la óptica analizada en párrafos anteriores, es necesario que el operador jurídico identifique en primer lugar, cuáles son los hechos que han sido introducidos en el proceso por las diferentes partes procesales. Este sería un primer acercamiento del juzgador a los elementos fácticos que originan la actuación procedimental.

Ante ello es necesario que el operador jurídico identifique dentro del conjunto de hechos aportados, cuáles son los que presumiblemente guardan vinculación con una eventual vulneración de una norma jurídica, filtrando de entre todos los planteamientos fácticos, solo aquellos que podrían encontrar sustento o en el ordenamiento jurídico penal. Este saneamiento sería relevante a los efectos de ir especificando el comportamiento procesal de cada una de las partes, y los pronunciamientos que en su momento o llegaré a realizar el juez o la jueza.

De esta forma, un tercer paso sería la necesidad que el juzgador de límite se entere el conjunto de hechos que pudieran guardar vinculación con un prefecto jurídico presumiblemente vulnerado, cuáles son los que pueden y de hecho son demostrados. Junto con los elementos fácticos en su momento las partes aporten, es necesario que igualmente se ofrezcan un conjunto de elementos probatorios cuya finalidad en esencia como se conoce es, demostrar y lograr la certeza judicial sobre los mismos. Ello es realmente necesario a los efectos de lograr convencer al juzgador sobre la posible culpabilidad o inocencia del procesado.

Otro momento sería la necesidad que el juzgador, en su función de rector del proceso y encargado de obtener la verdad material en el mismo, logren deslindar aquellos elementos fácticos pertinentes de los que no lo son. Como quiera que ya se ha establecido un primer acercamiento a la posible vinculación entre los hechos que se están conociendo y la norma jurídica presuntamente quebrantada, el juez o jueza tiene la obligación de identificar de entre todos los hechos que pueden ser demostrados, cuáles son aquellos que guardan una vinculación estrecha con la norma jurídica esgrimida. Es de innegable Valor en virtud que

se lograría una mayor claridad y objetividad en el tratamiento de los hechos y su justificación en base a determinada norma.

Finalmente, el juzgador tendría el deber de realizar los análisis y las interpretaciones necesarias en torno a los acontecimientos aportados al proceso, demostrados y declarados pertinentes, vinculándolos con el ordenamiento jurídico penal sustantivo y procesal. Este sería la etapa final de la metodología en la teoría de la argumentación jurídica, porque implicaría el sustento definitivo del juez resultante de las etapas anteriores.

Un tercer elemento vinculado con el planteamiento de lo que debe contener una teoría de la argumentación jurídica, es en torno a su funcionalidad, es cuáles son los objetivos que persigue o las finalidades que pretende. En primer lugar, la argumentación jurídica posee una función teórica, porque garantizaría en el ámbito del conocimiento, la existencia de determinadas reglas o principios que informan el comportamiento analítico – argumentativo del juez ante determinado proceso. De esta forma se garantiza el respeto a un conjunto de principios que informan el debido proceso, y que están relacionados con el componente argumentativo del juzgador a la hora de dictar la resolución judicial.

Un segundo ámbito de gran interés sería la funcionalidad práctica que podría conferírsele a esta teoría, porque serviría en la realidad para estructurar de mejor forma, o sistematizar de manera mucho más concreta y precisa, los elementos necesarios que debe considerar el juzgador a la hora de realizar su actividad de argumentación jurídica dentro de un proceso determinado. Es así como el juez podría acceder a una estructuración racional de los elementos a considerar y la forma de hacerlo en una sentencia.

Si bien no se ha pretendido realizar ninguna consideración definitiva de la argumentación jurídica y de una teoría que la sostenga, ciertamente es pertinente el establecimiento de una doctrina que lograse unir en sí y para un territorio determinado, la forma y finalidad en la que el juzgador debe realizar esta actividad. Como bien se ha expuesto, la validación y legitimación de la actuación de este tipo de funcionarios, depende del consenso que sobre la justicia y la verdad se logre por medio del dictado de este tipo de resoluciones, lo que muy bien justifica, la estructuración de cualquier tendencia o teoría que favorezca su perfeccionamiento.

7. LA DECLARACIÓN DE CULPABILIDAD O INOCENCIA DEL PROCESADO

Es claro que el proceso penal constituye una de las principales categorías e instituciones de las que se vale el sistema de justicia, para aplicar sus normas y reglas jurídicas. Por medio de la estructuración de un proceso, a consideración del académico García Rada (1945)[348] se insta al Estado para recibir de él, el amparo y por medio de la figura del juez que escriben representa la jurisdicción delegada del órgano estatal, aquí en Seles solicitar de forma concreta y directa el amparo por medio de una resolución judicial del derecho pretendido.

Aunque realmente fuere criticable, se comparte la postura adoptada por el académico español Ruiz Vadillo (1995)[349] al referir que constituye un pilar fundamental del derecho penal sustantivo, porque establece las bases sustanciales de una convivencia que favorece la armonía fundamentada en principios universales como el de la justicia. Agrega el catedrático, que es en el proceso penal donde se reconocen y garantizan todos y cada uno de los derechos fundamentales de los que disfrutan los seres humanos. En este sentido refiere que es en esa garantía, en la que el proceso establece límites al poder del Estado y consecuentemente a la función que llevan a cabo los juzgadores.

Es así como queda claro que este funcionario judicial posee gran relevancia en la declaración de inocencia o culpabilidad del procesado. En todo Estado de Derechos el juez posee un valor preponderante, no solo porque es el órgano rector del proceso y de todo lo que acontece en el mismo sino que "(...) no solo declara el derecho, sin que lo crea, pero ambas actividades de un modo condicionado, pues su interpretación de la ley está sujeta a múltiples requisitos, como la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la costumbre" (Jaramillo y Rendón, 2013, 36)[350].

347 García, D. (1945). El proceso penal en sus relaciones con el proceso civil. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*(3), 137-145.

348 Ruiz, M. (1994). El cambio de paradigma en las funciones de la dogmática jurídica: algunos apuntes sobre la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy. *Anuario de Filosofía del Derecho*(11), 347-366.

349 Jaramillo, M. E., y Rendón, J. E. (2013). El juez como figura trágica. La paradoja de lo legal y lo justo que la administración de justicia en Colombia desde la perspectiva de la fenomenología narrativa. *Nuevo Derecho, 9*(13), 35-54.

En este sentido, queda claro que el juzgador tiene el deber sagrado de aplicar las normas legales contenidas en el ordenamiento jurídico nacional, sustentado no solo en los criterios precedentes esgrimidos por las autoridades judiciales de mayor jerarquía, permitiendo una uniformidad en la aplicación del Derecho, sino que también debe asumir con responsabilidad, el sentido y alcance de la aplicación de los valores y principios que informan todo sistema de justicia,

En la realización de su actividad interpretativa y analítica, el jugador tiene que apegarse a la esencia misma del Derecho de forma tal que responda a las necesidades establecidas en este, y resuelva las exigencias que le impone cada caso concreto. Es en este sentido en el que este funcionario judicial tiene la obligación por medio de su actividad, de pronunciarse en torno a la culpabilidad o inocencia del procesado, dentro de un proceso penal, constituyendo esta función la más importante y última en su actuación.

Para ello el juzgador debe realizar un conjunto de acciones y actividades, que en su generalidad están dirigidas, destinadas y caracterizadas por la necesidad de resolver la situación procesal de un individuo que presuntamente ha sido considerado como autor o cómplice, de la comisión de un hecho delictivo determinado. De esta forma es esencial que el juzgador cumpla con todos y cada uno de los principios esgrimidos en el sistema de justicia penal, a los efectos de poder legitimar y validar su decisión.

Un aspecto relevante en torno a la figura del juez ha sido el considerado por el investigador Suárez (2014)[351] quien refiere a que los jueces los han caracterizado en la historia tres modelos esenciales que han delimitado su actuación dentro de un proceso penal determinado. De esta forma se ha transitado por un modelo premoderno, uno liberal y uno finalmente de bienestar, que en su conjunto o se vinculan esencialmente con las actividades y obligaciones que estos realizan, así como los resultados de su actuación.

El primer modelo estuvo caracterizado por la existencia de un juez discrecional, al que se le concedían amplios y extensos poderes para realizar su actividad, sin la exigencia de ningún tipo de criterios racional. Esta ausencia de racionalidad se debió a determinadas cuestiones vinculadas con ciertas razones que caracterizaron la actuación de este

350 Suárez, W. Y. (2014). El rol del juez en el Estado constitucional. *Iustitia*(12), 103-120.

funcionario en la realidad judicial. Para Suárez (2014)[352] este modelo discrecional en la etapa premoderna se sustenta en la existencia de un:

> (...) pluralismo en las fuentes del Derecho. No podía pensarse que existiera un sistema jurídico más o menos organizado; pues, se daba un caos en las fuentes del Derecho, coexistían múltiples ordenamientos jurídicos; complejizaban la tarea judicial reglamentaciones de diversos orígenes, la costumbre, el poder central, los gremios, el clero, las ciudades. La segunda, la labor del juez era una actividad especialmente política en la que no existían unos requerimientos especiales para asirse. No existía un especial oficio del juez que estableciera presupuestos y competencias para desarrollar tal función, la racionalización burocrática no podía vislumbrarse ni siquiera en nociones primigenias. La tercera, difícilmente existía una forma de control de las decisiones judiciales. Tampoco se tenía clara la concepción de jerarquía de los tribunales, la noción de apelación de providencias no era un mecanismo muy común o conocido. (p. 106)

Estos elementos en su conjunto favorecieron que en un primer momento el juzgador poseyera amplias potestades en la aplicación del Derecho, sin necesidad de exigírsele por sus criterios, consideraciones y formas de actuación. Un segundo momento que responde al modelo liberal, el juez se consideró por un carácter conservador, en el que se intenta deslindar la actuación de este funcionario de un criterio radical o absoluto de discrecionalidad. En este sentido se lograron imponer restricciones en las "fuentes, métodos y función" de los jueces. Es así, como el ordenamiento jurídico, especialmente por medio de la estructuración de códigos procesales, establecieron deberes y obligaciones sobre los que los jueces debían erigir sus decisiones.

Finalmente, un modelo de bienestar introdujo la figura de un juez progresista, en la que se intentaron encontrar instrumentos para disminuir los graves conflictos sociales existentes en la realidad, lo que se intentó realizar por medio de la estructuración de normas jurídicas mucho más concretas y que respondieran de mejor forma a los problemas y necesidades de la sociedad en este punto el principal elemento que caracteriza al Derecho procesal no es tanto la norma jurídica, como el análisis que pueda realizar el juez por medio de su valoración del caso a una situación real y concreta. Por medio de ellos se le con-

351 Ídem.

sidera al juez, como un funcionario que no solo escapas de aplicar la norma jurídica, sino de realizar actos valorativos, argumentativos que ofrecen determinadas posturas y tendencias en torno al comportamiento del sujeto, porque en ellos tienen cuenta los problemas objetivos de la realidad social en la que se desempeña.

Estas ideas que han sido consideradas en torno al papel y rol del juez resumen en espíritu lo expuesto por la investigadora Bernal Cano (2013)[353] cuando es necesario en todo sistema de justicia penal lograr un mayor activismo del juez de forma tal que:

> (...) asegure la garantía judicial y eficacia concreta de los derechos, es preciso que los jueces amplíen con prudencia su capacidad creativa, aun cambiando los criterios tradicionales o la jurisprudencia (...) Es importante señalar que dicha autonomía no es sinónimo de arbitrariedad ni de exceso de poder. En efecto, la medida del poder creador del juez está en el derecho positivo, en la coherencia jurídica. El juez puede ir más allá de la ley escrita, siempre y cuando no vulnere con ello la Constitución y la finalidad sea el fortalecimiento de la protección individual. (p. 39)

Estas reflexiones de gran relevancia a los efectos de la teoría de la argumentación jurídica. Conteste con lo expuesto por la académica, es necesario que los funcionarios judiciales en la consideración final de sus casos, en la estructuración de las resoluciones judiciales donde determinan la culpabilidad o inocencia del procesado, vayan mucho más allá que lo que de forma lógica y concreta establece el ordenamiento jurídico. Es preciso que la argumentación jurídica por medio de la interpretación de la norma jurídica aplicada al hecho concreto no sería una mera interpretación exige ética del precepto legal, sino que se erija como una justificación compleja, extensa, coherente, valorativa y analítica de la situación de hecho y del espíritu contenido en el precepto. La actividad de la argumentación jurídica que lleva a cabo el juez debe ir desde nuestra consideración, tal y como impone el ordenamiento jurídico y los principios generales del Derecho, desde una concepción narrativa que transiten desde la inocencia hasta la culpabilidad. Ello implica que en la narrativa argumentativa que realiza el juez penal en su resolución, debe ir evolucionando desde el

352 Bernal, N. (2013). El razonamiento jurídico del juez y las formas articuladas de justicia constitucional desde una perspectiva comparativa. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*(17), 37-54.

planteamiento fáctico de los hechos, momento o en el que solamente ofrece información sobre la presunción que pudiera realizarse en torno al procesado, hasta la vinculación de dichos datos con las normas jurídicas presuntamente quebrantadas que justifican entonces un pronunciamiento definitivo.

Aunque ciertamente la presunción de inocencia sería como el "(...) príncipe informador de todo el proceso penal que intenta alejar principalmente a los jueces del atávico prejuicio social de culpabilidad" (Nieva, 2016, 2)[354]. De esta forma e incluso aunque el juzgador ya tiene formado al momento de comenzar a redactar la resolución judicial, un criterio en torno a la inocencia o la culpabilidad el procesado, es claro que debe intentar alejarse de cualquier criterio parcializado en torno a ello, y solamente cuando logra por medio de un análisis y argumentación pertinente sobre los hechos y las normas jurídicas pertinente, entonces le es posible pronunciarse en torno a la inocencia o culpabilidad del individuo.

Todos y cada uno de los elementos que han sido analizados hasta el momento, ofrecen las pautas esenciales que delimitan la vinculación existente entre la argumentación jurídica y la declaración de culpabilidad o inocencia del procesado. Ciertamente por medio de la actividad que realiza el juzgador en el ámbito de la interpretación valorativa de la norma jurídica aplicada un caso concreto, se logra establecer *a priori* de una consideración en torno a la resolución de la situación jurídica del sujeto. Es así como claramente se logra una vinculación estrecha entre los fundamentos que sostienen la argumentación jurídica, y el criterio en torno a la culpabilidad del sujeto que constituye el punto esencial en todo proceso penal.

8. CONCLUSIONES

La argumentación jurídica constituye en el proceso penal uno de los componentes más importantes en la resolución definitiva del conflicto. Ofrece la necesaria vinculación que realiza el juzgador entre la norma jurídica presumiblemente vulnerada, con los elementos fácticos que han sido incluidos o insertados en el proceso. Se trata del conjunto o de acciones interpretativas y valorativas que realiza el juez

353 Nieva, J. (2016). La razón de ser de la presunción de inocencia. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*(1), 1-23.

en torno al sentido y alcance que debe conferírsele al precepto legal esgrimido por cada una de las partes, de forma tal que les confiere una validez a los argumentos establecidos por uno u otro sujeto procesal.

A lo largo de la historia y hasta la contemporaneidad se han esgrimido determinadas teorías de la argumentación jurídica, todas y cada una han ofrecido elementos esenciales que deben ser considerados por los juzgadores, como presupuesto para la justificación de sus decisiones judiciales. De esta forma se ha transitado de este una argumentación lógico formal hasta una identificación de las dificultades sociales aplicadas al derecho, en las que la racionalidad en la argumentación constituye el pilar fundamental que sustenta esta teoría.

Sin embargo, la afiliación a unas u otras, ciertamente la argumentación jurídica responde a una necesidad objetiva de validar y legitimar el fallo que el juzgador realiza en torno a la declaración de culpabilidad o inocencia del procesado. El ejercicio interpretativo de la norma jurídica y su relación con los elementos fácticos aportados al proceso, así como la valoración que realiza el juzgador en torno a todos y cada uno de estos aspectos, logran justificar una decisión que lo que hace es certificar la existencia de una norma vulnerada y la necesidad de dar solución al comportamiento que lo originó.

De esta forma, se impone la necesidad de estructurar de forma sistémica una teoría de la argumentación jurídica que logre establecer un patrón y un conjunto de reglas que delimiten el comportamiento del juzgador. El ejercicio de su función si bien ofrece potestades de autonomía jurisdiccional, está regida y caracterizada por la existencia de un conjunto de valores y principios, que les ofrecen el deber de ser considerados en sus resoluciones judiciales. Es así como el juzgador desde que comienza la realización de su argumentación jurídica le está aportando un valor legitimador no solo a todo el proceso sino a las futuras decisión que este adopte sobre la situación jurídica del procesado, erigiéndose indiscutiblemente como un principio esencial que debe informar a todo proceso penal.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aránguez, T. (2017). *¿Es necesario un giro haretaico de la teoría de la argumentación jurídica? Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho(40)*, 337-354.

Atienza, M. (1990). *Para una teoría de la argumentación jurídica. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho(8)*, 39-62.

Atienza, M. (1998). *A propósito de la argumentación jurídica. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 2(21), 33-50.

Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica. Doctrina Jurídica*(134), 203-220.

Ausín, T. (1994). *Conflictos normativos y análisis lógico del derecho. Anuario de Filosofía del Derecho*(11), 393-406.

Belardinelli, S. (1991). *La teoría consensual de la verdad de Jürgen Habermas. Anuario Filosófico*, 24(1), 115-124.

Bernal, N. (2013). *El razonamiento jurídico del juez y las formas articuladas de justicia constitucional desde una perspectiva comparativa. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*(17), 37-54.

Dorantes, F. J. (2011). *Algunos argumentos jurídicos especiales. La analogía y la abducción.* Los argumentos "a contrario" y "a fortiori". *Alegatos*(79), 721-740.

García, D. (1945). El proceso penal en sus relaciones con el proceso civil. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*(3), 137-145.

García, J. A. (2010). ¿Es realista la teoría de la argumentación jurídica?: Acotaciones breves a un debate intenso. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*(33), 441-452.

Grández, P. (2010). *Justicia constitucional y argumentación jurídica. Parlamento y Constitución.* Anuario(13), 249-280.

Iturralde, V. (1992). *Argumentación y razonamiento judicial. Theoria: an International Journal for Theory, History and Foundations ofd Science*, 7(16-18), 1049-1078.

Jaramillo, M. E. y Rendón, J. E. (2013). *El juez como figura trágica. La paradoja de lo legal y lo justo que la administración de justicia en Colombia desde la perspectiva de la fenomenología narrativa. Nuevo Derecho*, 9(13), 35-54.

Lionetti, J. P. (2004). La toma de decisiones en la argumentación jurídica. Breves apuntes para una aproximación al tema. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*(7), 57-72.

Martínez, F. (2005). Teorías del argumentación jurídica: una visión retrospectiva de tres autores. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*(8), 273-296.

Meza, E. (2006). Argumentación e interpretación jurídica. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal.* (22), 91-113.

Moral, L. M. (1998). ¿Qué discurso para la moral?: Sobre la distinción entre aplicación y justificación en la teoría del discurso práctico general. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1(21), 193-208.

Moreno, R. (2012). Argumentación jurídica, por qué y para qué. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 45(133), 165-192.

Muñoz, R. (2003). La argumentación jurídica: un discurso de poder. *Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, 2(3), 135-142.

Nieva, J. (2016). La razón de ser de la presunción de inocencia. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*(1), 1-23.

Parra, M. V. (2003). Implementación del sistema acusatorio en Colombia principios que rigen la prueba. *Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, 2(4), 21-28.

Puy Muñoz, F.D. (2009). Sobre oralidad y argumentación jurídica. Dereito: *Revista Xurídica da Universidades de Santiago de Compostela,* 18(2), 117-147.

Rivas, F. J. y Serrano, A. J. (2015). Escuelas de la teoría de la interpretación y argumentación jurídica. *Revista Iberoamericana de las Ciencias Sociales y Humanisticas: RICSH*, 4(8), 382-395.

Rodríguez, J. (2011). *Pasado y futuro de la argumentación jurídica. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*(23), 513-535.

Rojas, V. (2002). La teoría de la argumentación jurídica, la versión de Robert Alexy. *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 11(2), 137-183.

Ruiz, E. (1995). Los principios del proceso penal. *Aldaba: Revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla*(24), 25-46.

Ruiz, M. (1994). El cambio de paradigma en las funciones de la dogmática jurídica: algunos apuntes sobre la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy. *Anuario de Filosofía del Derecho*(11), 347-366.

Suárez, M. Á. y Conde, N. (2009). Argumentación Jurídica. *Cuadernos de Trabajo UNAM*(1), 1-78.

Suárez, W. Y. (2014). El rol del juez en el Estado constitucional. *Iustitia*(12), 103-120.

Trujillo, J. F. y Vallejo, X. (2007). Silogismo teórico, razonamiento práctico y raciocinio dialéctico. *Praxis Filosófica*(24), 79-114.

Valenzuela, R. (2005). La naturaleza de la argumentación jurídica. *THEMIS: Revista de Derecho*(51), 115-119.

Vázquez, O. (2009). De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*(12), 71-110.

Recibido: 10/09/2017

Aceptado: 23/05/2018

Esteban Alejandro Guamán R.: Investigador Jurídico Estudio Jurídico Cevallos & Noboa

Correo electrónico: Estebanguaman804@gmail.com

INFORME LEGAL

De Derecho: Un Análisis de la Sentencia N° 001-17-SAN-CC. Caso N° 0096-09-AN

Rules of Law: An Analysis of the Veredict No. 001-17-SAN-CC. Case No. 0096-09-AN

Marylin Poulette Pinto Silva
Investigadora Jurídica, Estudio Vaca & Asociados

Documento Original (Informe divulgativo)[354]
RFJ, No. 3, 2018, pp. 357-368, ISSN 2588-0837

RESUMEN: las reglas de Derecho representan un hito en la formación del abogado, aunque su análisis es propuesto de manera teórica y abstracta. Por lo tanto, resulta inusual una propuesta aplicada y contextualizada que permita su explicación y facilite su entendimiento como concepto *jurídico fundamental*. Este escenario motivó a realización de la propuesta aquí introducida, a través de la cual, y a partir del análisis de la SENTENCIA N.° 001-17-SAN-CC. CASO N.° 0096-09-AN, se identifican conceptos jurídicos eje y su relación con las reglas de Derecho.

PALABRAS CLAVES: reglas de Derecho, conceptos jurídicos, sentencia, teoría legal, juicio.

ABSTRACT: the principles of law represent a milestone in the lawyer´s education, although their analysis is delivered theoretically and abstractly. . Therefore, it´s unusual to conceive a proposal that presents these principles as a fundamental legal concept. a This background motivated the present article/essay? which analyzes the judgment No. 001-17-SAN-CC. CASE No. 0096-09-AN through an identification of key legal concepts and their relationship with the principles of law.

KEY WORDS: Principles of Law, legal concepts, judgment, legal theory, trial.

354 El presente documento fue sometido a revisión de pares externos

INTRODUCCIÓN

El presente documento tiene por finalidad los siguientes objetivos a) Identificar cuáles son las reglas de Derecho presentes en la SENTENCIA N.° 001-17-SAN-CC. CASO N.° 0096-09-AN; b) Definir las categorías o conceptos presentes dentro de cada regla de Derecho; y c) Analizar si cada concepto es idóneo para la decisión dada en la sentencia.

1. ANTECEDENTES

La demanda de acción de incumplimiento del artículo 35 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social presentada el día 30 de septiembre del 2009 de conformidad con el artículo 93 de la Constitución de la República del Ecuador, representa el punto de partida de nuestra propuesta.

Además, cronológicamente debe considerarse la participación de la Secretaría General de la Corte Constitucional, la cual de conformidad al Artículo 7 de las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, el 30 de septiembre de 2009, certificó que no existía demanda idéntica la del Caso N° 0096-09-AN. Por lo tanto, la Sala de Admisión de la Corte Constitución, el 24 de agosto del 2010, aceptó a trámite la acción por incumplimiento N.° 0096-09-AN.

La Primera Sala de la Corte Constitucional, el 21 de septiembre de 2010, avocó conocimiento de la causa N.° 0096-09-AN, la cual, de conformidad con el sorteo efectuado, correspondió sustanciar al juez constitucional alterno doctor Miguel Ángel Naranjo Iturralde.

El 6 de noviembre de 2012, se posesionaron ante el Pleno de la Asamblea Nacional los jueces de la Primera Corte Constitucional, integrada conforme lo dispuesto en los artículos 432 y 434 de la Constitución de la República.

Durante la sesión del Pleno del Organismo, el 11 de diciembre de 2012, correspondió sustanciar la acción por incumplimiento N.° 0096-09-AN a la Tercera Sala de Sustanciación de la Corte Constitucional, quienes avocaron conocimiento de la causa mediante auto de 15 de enero de 2013. El 8 de enero de 2013, correspondió sustanciar la causa a la doctora María del Carmen Maldonado Sánchez.

El 5 de noviembre de 2015, se posesionaron ante el Pleno de la Asamblea Nacional los jueces constitucionales Pamela Martínez Loayza, Roxana Silva Chicaíza y Francisco Butiñá Martínez, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 432 y 434 de la Constitución de la República del Ecuador.

Finalmente, el Pleno del Organismo procedió a sortear nuevamente la causa N.° 0096-09-AN, el 6 de enero de 2016, recayendo en la Tercera Sala de Sustanciación de la Corte Constitucional. Correspondió la sustanciación de la causa a la señora jueza constitucional Pamela Martínez Loayza quien avocó conocimiento de la causa.

2. MARCO NORMATIVO

Las reglas de Derecho, según el Fuentealba (2016), son una serie de normas establecidas, dadas en un orden práctico, las cuales deben ser analizadas al momento de aplicar el Derecho.

A partir de esta definición de reglas de Derecho, se puede establecer cuáles se encuentran presentes en la sentencia. Así, podemos mencionar:

a) Artículo 35 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social.

b) Artículos 93 y 436, numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador,

c) Artículos 52 al 54 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,

d) Artículo 3 numeral 8 literal a de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

3. ANÁLISIS DE CADA NORMA APLICADA

Artículo 35 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social

El Artículo 35 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social establece:

En caso que se hayan impuesto diversas penas en virtud de sentencias de varios tribunales o juzgados, por iguales o distintas infracciones, se procederá por parte del juez de primera instancia a señalar la pena única que devengará el reo.

Para el efecto, cuando ocurriere el caso previsto en el inciso anterior, el director del centro de rehabilitación social en que se encuentre el sentenciado cumpliendo la sentencia o en el que la hubiere cumplido, comunicará al juez de primera instancia que expidió la sentencia más rigurosa o presidió el tribunal que dictó la sentencia para que fije la pena única, al aplicar las reglas del artículo 81 del Código Penal sobre concurrencia de infracciones. La omisión de este deber por parte del director del centro de rehabilitación social, será sancionada con una multa equivalente de hasta la mitad de una remuneración básica mínima unificada del trabajador en general, que la impondrá el juez o tribunal que dictó la última sentencia.

El juez para expedir la resolución, oirá el dictamen del director del respectivo centro de rehabilitación social sobre las condiciones subjetivas del reo.

El reo podrá también solicitar la acumulación de penas a que se refiere este artículo. (2001).

Al analizar la norma anteriormente establecida se puede mencionar que las categorías que derivan de esta regla son:

a) *Situación jurídica*, concepto que según Hinestrosa (2016), se define como la forma a través de la cual las personas establecen relacionales en la vida social diaria. Esta relación se encuentra regulada por el ordenamiento jurídico. Este concepto se relaciona con el artículo y la sentencia ya que habla sobre la situación en la que se encuentra al reo con referencia a la pena única que recibirá de acuerdo con los delitos que ha cometido.

b) *Deber jurídico*, según Fuentealba (2016), se define como la acción que realiza un individuo, sujeto activo, derivada de la obligación con otro sujeto, que en este caso es el sujeto pasivo. Esta categoría tiene relevancia ya que nos habla acerca de la responsabilidad que tienen las autoridades de cumplir con lo que manda la ley, de esta manera se garantiza el respeto de los derechos de los individuos, en este caso de personas privadas de la libertad.

c) *Daño*, que para Hinestrosa (2016), se define como el menoscabo causado a una persona como consecuencia de una situación determinada.

Este concepto es importante y se relaciona con la regla y la sentencia. Ya que en la regla establece los efectos que causa tanto para la persona que la incumple, en este caso la persona seria sancionada con una multa y para la persona privada de la libertad, ya que se violentan sus derechos. Y de esta regla se valió la Corte para establecer que el accionado en este caso no tuvo ninguna culpa y realizó todo lo que estaba en su alcance, pero se estancó debido a la negativa del Tribunal de Justicia Penal

Los siguientes artículos serán analizados en conjunto, debido a que dan a conocer las competencias a las cuales se debe regir la Corte Constitucional. Por lo cual se procede a establecer el contenido de cada regla:

Artículos 93 y 436, numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador

Los artículos establecidos son los siguientes:

Según la Constitución de la República del Ecuador en el Artículo 93 reza:

Art. 93.- Toda persona que crea estar ilegalmente privada de su libertad, podrá acogerse al hábeas corpus. Ejercerá este derecho por sí o por interpuesta persona, sin necesidad de mandato escrito, ante el alcalde bajo cuya jurisdicción se encuentre, o ante quien haga sus veces. La autoridad municipal, en el plazo de veinticuatro horas contadas a partir de la recepción de la solicitud, ordenará que el recurrente sea conducido inmediatamente a su presencia, y se exhiba la orden de privación de libertad. Su mandato será obedecido sin observación ni excusa, por los encargados del centro de rehabilitación o del lugar de detención (2008).

Los conceptos que se pueden encontrar en la presente regla son los siguientes:

Acto jurídico, según Fuentealba (2016) se puede considerar como la expresión de la voluntad de un individuo, la cual se realiza con la intención de provocar efectos jurídicos, que se encuentran establecidos en la ley.

Este concepto se encuentra en la regla cuando nos dice que la persona privada de la libertad de manera injusta podrá aplicar un mecanismo que le permita tener una reivindicación de la acción, dándose a entender que en este proceso intervendrán dos partes, en primer término, la persona afectada y luego la institución responsable de determinar si procede o no el pedido.

Principio de legalidad, según Vignolo (2011), se entiende que nadie está por encima de la ley, ya que es manifestación de la voluntad de la colectividad.

La regla nos habla del habeas corpus que puede aplicar una persona cuando crea que su privación de la libertad es ilegítima, también nos habla del proceso a seguir para demandar su cumplimiento y las medidas que debe adoptar la autoridad competente. Dándonos a entender que la norma esta para cumplir y garantizan derechos.

Según la Constitución de la República del Ecuador, el Artículo 436 establece:

Art. 436.- numeral 5.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias. (2008).

Las categorías presentes en la regla son los siguientes:

Relación jurídica, según Fuentealba (2009), se considera un vínculo entre dos o más individuos, en el cual uno de los individuos se denomina sujeto activo frente a otro, denominado sujeto pasivo, quién debe realizar una prestación determinada.

Este concepto se relaciona con la regla, ya que nos habla de la relación entre la Corte Constitucional y los ciudadanos, donde la Corte determinó si la demanda por acción de incumplimiento de alguna norma pedida por un ciudadano procederá o no, según las circunstancias.

Actos administrativos, según Villegas (2016), se considera acto administrativo a aquella declaración de carácter voluntario que un ente público o el propio Estado realiza en nombre de la función pública, que es la institución a la cual le toca desarrollar efectos jurídicos de manera inmediata.

Este concepto se relaciona con la regla ya que son las garantías que debe tener la Corte.

Artículos 52 al 54 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Los artículos desarrollados son los siguientes:

Según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su Artículo 52 reza:

Art 52.- Objeto y ámbito. La acción por incumplimiento tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos. Esta acción procederá cuando la norma, sentencia, decisión o informe cuyo cumplimiento se persigue contengan una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible. (2009).

Los conceptos desarrollados en la regla son los siguientes:

Seguridad jurídica, según Marinoni (2012), es considerada la expresión de un Estado de Derecho, que le confiere categoría de subprincipio y garantiza el cumplimiento del ordenamiento jurídico.

El concepto tiene relación con la regla ya que la acción de incumplimiento es un mecanismo al cual puede recurrir cualquier persona que se encuentre inconforme con el proceder de alguna autoridad. Así mismo en la sentencia se dispone que la seguridad jurídica es un de-

recho que debe ser protegido, cuando ocurran omisiones, sea de una autoridad o cualquier persona particular.

Obligación jurídica, según Hinestrosa (2016), es considerada el vínculo jurídico a través del cual dos partes quedan ligadas, debido a que una parte deberá cumplir con la prestación establecida y que es fruto de la obligación.

En la regla se determina que la Corte tiene que analizar los términos con los cuales procede la acción por incumplimiento, para no vulnerar derechos y garantizar la correcta aplicación de las normas.

Según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el Artículo 53 establece:

Art 53.- Legitimación pasiva. La acción por incumplimiento procederá en contra de toda autoridad pública en contra de personas naturales o jurídicas particulares cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas, o presten servicios públicos. Procederá contra particulares también en el caso que las sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos impongan una obligación a una persona particular determinada o determinable.

La categoría presente en la regla es la siguiente:

Persona natural, según Fuentealba (2009), se considera persona natural a todo individuo de la especie humana, cualquiera sea su sexo, edad, condición o estirpe; persona jurídica es definida como un ente capaz de tener y ejercer derechos y contraer obligaciones y de ser representado judicial o extrajudicialmente.

Los conceptos, en la regla, dan a entender que toda persona sea natural o jurídica que trabaje en la función judicial puede ser demandada sino se rige a la ley y pueden ser imputadas por acción de incumplimiento.

Según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el Artículo 54 reza:

Art 54.- Reclamo previo. Con el propósito de que se configure el incumplimiento, la persona accionante previamente reclamará el cumplimiento de la obligación a quien deba satisfacerla. Si se mantu-

viera el incumplimiento o la autoridad pública o persona particular no contestare el reclamo en el término de cuarenta días, se considerará configurado el incumplimiento. (2009).

El concepto presente en la regla es:

Hecho jurídico, según los autores Rodríguez, Undurraga, Vodanovic, es determinado como un suceso o acontecimiento, sea este provocado por la naturaleza o por el hombre, el cual produce efectos jurídicos que se encuentran establecidos previamente en las normas, pero esta situación no es siempre requerida por el individuo que intervenga. (1998).

En la regla se identifica este concepto ya que se nos dice que una persona puede reclamar el cumplimiento de las responsabilidades a cualquier entidad que sea competente, pero que cuando no exista una respuesta en cierto tiempo se dará por entendido que existió dicho incumplimiento, lo cual quiere decir que se produce un hecho jurídico que produce un efecto.

Artículo 3 numeral 8 literal a de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional

El artículo analizado es el siguiente:

Según la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional en su Artículo 3 reza:

Art 3.- numeral 8.- literal a.- Competencias de la Corte Constitucional. De conformidad con lo establecido en la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y su jurisprudencia, la Corte Constitucional tiene las siguientes competencias: Conocer y resolver las acciones de Garantías Jurisdiccionales de los derechos, en los siguientes casos: a) Acción por Incumplimiento. (2010).

Las categorías presentes en la regla son las siguientes:

Competencia, según Vélez (2015), en el ámbito procesal, se define como competencia a la facultad otorgada a un órgano judicial de ejercer

su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en relación con un caso en particular, sin que exista intervención de algún otro órgano judicial.

En la regla, las competencias, son las capacidades que se le confieren a la Corte Constitucional.

Garantías jurisdiccionales, según Jowell, (2003) se determina que tienen como finalidad la protección veraz e inmediata de todos los derechos reconocidos en la Constitución y Tratados Internacionales, cualquiera sea su naturaleza.

La regla nos dice que entre las competencias que debe cumplir la Corte, se encuentra el de garantizar el reconocimiento y resolución de las acciones de garantías jurisdiccionales, que en el caso de la sentencia seria la acción de incumplimiento.

Los artículos anteriormente mencionados nos dan a conocer las competencias hacia las cuales se debió regir la Corte Constitucional para tomar su decisión, ya que se establecen conceptos y procesos que los jueces debieron considerar e influyeron para dictaminar la sentencia.

4. CONCLUSIONES

Luego de analizar todas las reglas de Derecho en las cuales se basó la Corte Constitución y tomando en cuenta como principal el Artículo 35 que el accionante utilizó para establecer su demanda por acción de incumplimiento en contra del Director del Centro de Rehabilitación. Se puede decir que la Corte analizó el artículo desglosándolo en dos secciones, y llegó a la conclusión que el director del Centro de Rehabilitación procedió de manera adecuada y cumplió con lo establecido en la norma. Por lo cual la Corte Constitucional decidió negar la demanda presentada por el señor Villafuerte. Mi apreciación personal es que la decisión dada por la Corte fue la correcta, ya que el Director del Centro de Rehabilitación cumplió con todo el proceso y no se detuvo, debido a que el Tribunal Segundo de lo Penal de Pichincha negó la solicitud de establecer una nueva pena única para el presidiario.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fuentealba A. (2009). *Conceptos Jurídicos Básicos II: La relación Jurídica y los sujetos de derecho.* Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho.

Hinestrosa, F. (2016). *Tratado de las Obligaciones concepto, estructura, vicisitudes.* Tomo I. Se-gunda edición. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Jowell J. (2003). *La acotación al Estado. La política, el principio constitucional y la revisión juris-diccional.* Cuestiones Constitucionales. 73-102.

Marinoni L. (2012). El Precedente en la Dimensión de la Seguridad jurídica. *Revista Ius et Pra-xis.* 249-266

Rodríguez A., Undurraga M. y Vodanovic A. (1998). *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General.* Tomo I. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Vélez H. (2015). La responsabilidad jurídica: aproximación al concepto, relación con otros conceptos jurídicos fundamentales y su funcionamiento. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.* 127-151.

Vignolo O. (2011). *La cláusula del Estado de derecho, el principio de legalidad y la administración pública. Postulados básicos y transformaciones.* Universidad Nacional Autónoma de México. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. 783-813

Villegas, R. (2016). *La relación jurídica y los objetos del derecho.* Tomo VIII. Escuela Nacional de Jurisprudencia UNAM, Nº 32. 1-13.

Legislación

Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Consti-tucional. Suplemento. Registro Oficial Nº 127. Miércoles 10 de febrero del 2010.

Constitución de la República del Ecuador, (2008). Decreto Legislativo 0. Registro Oficial 449. Última modificación: 21-dic.-2015. Estado: Vigente.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial: Suple-mento 52 de 22-oct-2009. Última modificación: 08-sep.-2017 Ley 0. Estado: Vigente.

Reglamento al Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social. Fecha de publicación: 30–7–2001. Decreto Ejecutivo # 1674. Registro Oficial # 379. Status: Vigente.

Recibido: 06/08/2017

Aprobado: 25/05/2018

Marylin Poulette Pinto Silva: Investigadora Jurídica Estudio Vaca & Asociados

Correo electrónico: Marilynpinto98@hotmail.com

Informe Legal No. 01 - 2017 -
Corte Constitucional

Legal Inform No. 01 - 2017 - Constitutional Court

Valeria Monserrath Sánchez Morales
Investigadora Jurídica, Estudio Jurídico Cevallos & Noboa

Documento Original (Informe divulgativo)[355]
RFJ, No. 3, 2018, pp. 369-384, ISSN 2588-0837

PARA:	Dr. Íñigo Salvador Crespo, Jur. PUCE Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE.
DE:	VALERIA MONSERRATH SÁNCHEZ MORALES Investigadora Jurídica PUCE.
ASUNTO:	SENTENCIA INTERPRETATIVA: 002-08-SI-CC
FECHA:	Quito, enero 5 del 2018

Me dirijo a usted a fin de expresarle un cordial saludo y al mismo tiempo, para informarle, en atención al asunto y documentos de la referencia, lo siguiente:

1. RESUMEN

El presente informe tiene como base la Sentencia Interpretativa 002-08-SI-CC, donde el Consejo Nacional Electoral solicita a la Corte Constitucional la interpretación de las normas constitucionales relacionadas con el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, los métodos para escoger a los consejeros, y las personas responsables de esta labor. A partir de dicha problemática, la Corte Constitucional presenta las interrogativas de la solicitud de interpretación, las normas constitucionales que serán interpretadas, y menciona cuáles son las facultades de la Corte Constitucional en mate-

355 El presente documento fue sometido a revisión de pares externos

ria de derecho, de entre las que presenta a la interpretación como la máxima competencia, conceptualiza dicho término y posteriormente inicia con el análisis hermenéutico.

Con respecto al informe personal, se ha realizado un análisis FODA, donde se presentan los factores visibles en la sentencia, y cómo estos han podido intervenir en la misma. Además de ello, se ha desarrollado un modelo de principal – agente, en donde se mencionan los organismos que intervienen y la relación que estos tienen con los puntos de interpretación que la sentencia presenta.

PALABRAS CLAVES: principal-agente, atribuciones, vinculación, jurisprudencia, vigencia.

ABSTRACT: This report is based on Interpretative Judgment 002-08-SI-CC, where the National Electoral Council requests the Constitutional Court to interpret the constitutional rules related to the Council for Citizen Participation and Social Control, the methods to choose the counselors, and the people responsible for this work. Departing from this legal scenario, the Constitutional Court presents the interrogatives of the request for interpretation, the constitucional rules to be analized, etc. I addition, a SWOT analysis has been carried out, where the factors visible in the judgment are presented, and how they have been able to intervene in it. Finally, a model of principal - agent has been developed, in which the agencies that intervene are mentioned and the relationship they have with the points of interpretation that the sentence presents.

KEYWORDS: principal-agent, attributions, linkage, jurisprudence, validity.

2. ANTECEDENTES

a. El 12 de diciembre de 2017 se recibe la Sentencia Interpretativa 002-08-SI-CC de los casos acumulados: 0005-08-IC y 0009-08-IC, mediante la cual se solicita, por parte del Consejo Nacional Electoral, la interpretación del artículo 207 de la Constitución de la República del Ecuador, además de la Disposición Transitoria Segunda y de los artículos 1, 16, 17, y 29 del Régimen de Transición; a la Corte Constitucional.

b. En la Sentencia Interpretativa 002-08-SI-CC se concluyó que la Comisión de Legislación y Fiscalización debe continuar con el proceso de designación de consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, y que dicha Comisión posee un período de 30 días para concluir con el proceso del concurso de oposición y méritos y designar a los consejeros.

c. La Sentencia Interpretativa otorgada constituye jurisprudencia obligatoria y vinculante.

d. El presente informe se redacta a partir de la solicitud del Dr. Rubén Méndez, de la opinión favorable a dicha sentencia, conforme a la legislación ecuatoriana vigente en la fecha de ejecución del mencionado documento legal.

3. MARCO NORMATIVO

A continuación, se resumen las principales disposiciones, sobre la base de las cuales se emite la opinión contenida en el presente informe:

Constitución de la República del Ecuador 2008

En el artículo 207 de la Constitución se menciona que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social está compuesto por siete consejeros principales y siete suplentes; cuya selección se realizará de los postulantes que sean propuestos por las organizaciones sociales y por la ciudadanía. El Consejo Nacional Electoral será el ente encargado de organizar el proceso de selección, y conducirá el concurso público de oposición y méritos (Asamblea Constituyente, 2008).

Por otro lado, en el artículo 429 de la Constitución, se aclara que la Corte Constitucional es el “máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia” (Asamblea Constituyente, 2008).

El artículo 436 de la Constitución establece, entre las atribuciones de la Corte Constitucional, las siguientes:

- Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sus decisiones.

Sus sentencias tendrán carácter vinculante.

- Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado.

- Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.

La Disposición Transitoria Segunda de la Constitución, dispone que tras treinta días de entrar en vigencia la Constitución, el órgano legislativo designará con base en un concurso público de oposición y méritos a las consejeras y consejeros del primer Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, que permanecerán provisionalmente en sus funciones hasta la aprobación de la ley correspondiente.

La Disposición Transitoria Tercera de la Constitución, establece que los miembros de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción y de la Secretaria Nacional Anticorrupción, que no sean de libre nombramiento y remoción, pasarán a ser parte del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. A la vez menciona que las superintendencias funcionarán hasta que el órgano legislativo expida leyes correspondientes.

Régimen de Transición

En el artículo 1 del Régimen de Transición se menciona que los servidores de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción y de la Secretaria Nacional Anticorrupción, serán parte del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Las superintendencias seguirán en funcionamiento hasta que el legislativo expida las leyes correspondientes.

El artículo 17 del Régimen de Transición establece que los diputados y diputadas elegidos en el 2006 concluyen su período de funciones al entrar en vigencia la Constitución, para así transferir a la Comisión Legislativa y de Fiscalización las funciones de la Asamblea Nacional, hasta que se elijan y posesionen los Asambleístas definitivos.

En el artículo 29 del Régimen de Transición se menciona que la Comisión Legislativa, luego de 15 días desde su conformación, iniciará

un concurso de oposición y méritos para la designación de los miembros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Las comisiones serán convocadas luego de la posesión de los dignatarios de elección popular mencionados en el Régimen de Transición.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucinal (LOGJCC)

El artículo 2 de la LOGJCC aclara los principios de interpretación de la ley, entre los que se menciona:

- Principio de aplicación más favorable a los derechos: si hay varias normas aplicables a un caso concreto, se debe elegir aquella que más proteja a los derechos de la persona.

- Optimización de los principios constitucionales: la creación, interpretación y aplicación del derecho deberá orientarse hacia el cumplimiento y optimización de los principios constitucionales.

- Obligatoriedad del precedente constitucional: los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada para garantizar la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.

- Obligatoriedad de administrar justicia constitucional. No se puede suspender ni denegar la administración de justicia por contradicciones entre normas, oscuridad o falta de norma jurídica.

El artículo 3 de la LOGJCC establece que la interpretación constitucional se dará en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, y en caso de existir dudas, en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución. La interpretación se debe basar en:

- Reglas de solución de antinomias: entre varias normas, prevalece aquella que emana del órgano competente para regular la materia, después la jerárquicamente superior, después la especial y finalmente la posterior.

- Principio de proporcionalidad: se verificará que la medida proteja un fin constitucional, que sea necesario garantizar, con protección y restricción.

- Ponderación: relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto.

- Interpretación evolutiva o dinámica: temporalidad.

- Interpretación sistemática: las normas deben ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo.

- Interpretación teleológica: las normas se interpretan según lo que persigue el texto normativo.

- Interpretación lineal: cuando la norma es clara, se entenderá a su tenor literal.

El artículo 154 de la LOGJCC establece que la Corte Constitucional, a petición de parte, realizará la interpretación de las normas de la parte orgánica de la Constitución, para establecer el alcance de dichas normas. Además, la Asamblea Nacional podrá expedir leyes sobre la materia que fue objeto de dictámenes interpretativos.

El artículo 155 de la LOGJCC establece quiénes podrán solicitar dictámenes de interpretación constitucional:

- El Presidente de la República.

- La Asamblea Nacional, por acuerdo del Pleno.

- La Función de Transparencia y Control Social, a través de su órgano rector.

- La Función Electoral, a través de su órgano rector.

- Cualquier persona que demuestre un respaldo del cero punto veinticinco por ciento del registro electoral nacional.

El artículo 158 de la LOGJCC establece que el dictamen interpretativo fijará el alcance de la norma constitucional objeto de la inter-

pretación, a partir de los argumentos constitucionales y métodos que sirvan para fundamentarlo.

El artículo 170 de la LOGJCC establece que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control e interpretación constitucional y del sistema de administración de justicia constitucional, siendo un órgano autónomo e independiente de los demás órganos del poder público, con jurisdicción nacional.

Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (LOCPCCS)

El artículo 22 de la LOCPCCS establece que el Consejo Nacional Electoral organizará el concurso público de oposición y méritos para la designación de consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Para tal efecto se convocará en los idiomas oficiales de relación intercultural, en cadena nacional de radio y televisión, en la página web de la institución y en al menos tres diarios de circulación nacional.

Código Civil ecuatoriano

El Código Civil ecuatoriano, en el artículo 18, establece los métodos de interpretación de la norma. En él se dispone que se debe entender el espíritu de la ley, y que las palabras se entenderán en su sentido natural y obvio.

Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia

En el artículo 25 de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, se establecen las funciones del Consejo Nacional Electoral, donde se mencionan las siguientes:

- Organizar, dirigir, vigilar y garantizar de manera transparente y eficaz los procesos electorales, convocar a elecciones, realizar los cómputos electorales, proclamar los resultados y posesionar a quienes resulten electos.

- Organizar y conducir el concurso público de oposición y méritos con postulación, veeduría y derecho a impugnación ciudadana para seleccionar a los consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, de conformidad con la ley.

- Designar a los delegados de la Función Electoral ante las comisiones ciudadanas de selección organizadas por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

- Promover la formación cívica y democrática de los ciudadanos al incorporar el principio de interculturalidad.

4. CONCEPTOS

- Interpretación constitucional: "a interpretación de las normas jurídicas implica otorgarles un sentido" Rudzinsky, 2014); por lo tanto, se debe buscar el espíritu de la noma y el objetivo del legislador al redactar la ley, para así lograr adecuar la redacción de la norma al día a día de la sociedad. Al hacer referencia a la Interpretación Constitucional, se habla de la "convivencia política de un país, y la vigencia de las demás normas" (Rudzinsky, 2014).

- Sentencia Interpretativa: es un documento legal en el que "un juez con competencia, define y da sentido a una norma" (Porras & Romero, 2006); lo que indica que un juez con competencia puede interpretar una norma en su materia, con el objetivo de brindar una justificación y rectificación al automatismo de la norma.

Objetivo

El objetivo del presente informe es analizar la SENTENCIA INTERPRETATIVA 002-08-SI-CC de los casos acumulados 0005-08-IC y 0009-08-IC; y proponer al Dr. Rubén Méndez la opinión solicitada en el numeral I, inciso d, según el marco normativo expuesto en el numeral II precedente.

5. ANÁLISIS

a. Evaluación de la documentación

Se ha elaborado el presente informe en base al pedido de opinión favorable a la Sentencia Interpretativa 002-08-SI-CC, conforme a lo establecido en la legislación ecuatoriana, según el pedido recibido el 12 de diciembre del 2017.

b. Análisis FODA de la Sentencia Interpretativa 002-08-SI-CC

Fortalezas	Debilidades
-La Sentencia fue analizada y aprobada por cinco jueces, lo que permite afirmar que la interpretación otorgada es adecuada y goza de consenso jurídico con respecto al pedido realizado. -Se consideran todas las normas relacionadas con el Régimen de Transición y con el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. -La interpretación se facilita porque el Consejo Nacional Electoral presenta las interrogantes que necesitan interpretación. -Cada norma expresa de alguna manera el proceso a realizar para elegir a los consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.	-Al ser elaborada en un período de cambio de Constitución, se presentan lagunas jurídicas en las que la aplicación de la norma puede ser confusa. -La sentencia interpretativa puede ser imparcial, puesto que de alguna manera podría reflejar las necesidades y deseos personales de los jueces en este caso. -Escaso tratamiento de los conceptos de Supremacía Constitucional, eficacia directa, naturaleza jurídica, eficacia normativa y reserva de ley, además de las facultades de los organismos que intervienen. -Conflictos de jerarquía entre la Constitución y el Régimen de Transición. -Vacíos legales impiden decidir de manera clara qué responsabilidad tiene la Comisión Legislativa y de Fiscalización con relación a la formación del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.
Oportunidades	**Amenazas**
-Permite comprender de manera clara lo que la Constitución del 2008 establece sobre las atribuciones de la Función Legislativa, convirtiéndose en un documento de ayuda para próximos análisis e interpretaciones. - Aporta un análisis profundo de la posición doctrinal de juristas y tratadistas de relevancia sobre el tema de la interpretación.	-Es necesario tratar con cuidado el concepto de interpretación, procurando que los recursos empleados para ello sean los adecuados. -Al ser el Ecuador un Estado constitucional de derechos y justicia, se ve influenciado de manera directa por el entorno de desarrollo y el nivel de democracia existente; por lo que resulta necesario analizar estos puntos en la interpretación para definir la aplicación que se debe dar a la norma.

c. Modelo de Principal – Agente basado en la Sentencia 002-08-SI-CC

Al ser el principal el sujeto de derechos, y el agente el medio de realización y ejecución de dichos derechos, se hace necesario visualizar los elementos y organismos que se abordan en la Sentencia Interpretativa. Estos últimos son:

- Consejo Nacional Electoral
- Corte Constitucional
- Consejo de Participación Ciudadana y Control Social
- Comisión Legisladora y de Fiscalización

De entre estos se deberá señalar que la Corte Constitucional es el agente del Consejo Nacional Electoral, ya que este es quien pide la interpretación de los artículos necesarios para el desarrollo del proceso de elección y fijación de los consejeros del Consejo de Participación Ciudadana.

Por otro lado, se puede considerar que el Consejo Nacional Electoral es el agente de la Comisión Legisladora y de Fiscalización, ya que el Consejo debe cumplir las órdenes de la Comisión con respecto al llamado al concurso de méritos y oposición, que es el tema de discusión de este caso.

d. Determinación del organismo de interpretación

En el artículo 429 de la Constitución se declara que la Corte Constitucional es el “máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia”, por lo que resulta ser la Corte Constitucional el intérprete válido de la Constitución del 2008. En el marco de su jurisdicción, la interpretación que la misma realiza es la veraz y la ejecutoria.

6. OPINIÓN FAVORABLE U OBSERVACIONES

Tras analizar la Sentencia y la legislación ecuatoriana, y considerando el principio de supremacía constitucional, se propone emitir una opinión favorable a la Sentencia Interpretativa 002-08-SI-CC de los casos acumulados 0005-08-IC y 0009-08-IC.

A su vez, se resalta la importancia de que la Sentencia cuenta con la aprobación con cinco votos a favor, por lo que resulta evidente que la interpretación de los artículos pedidos está ejecutada con relación al espíritu de la ley y va de la mano de los principios constitucionales.

7. RECOMENDACIONES

Se recomienda analizar el concepto de la interpretación tomando como referencia lo mencionado en el artículo 18 del Código Civil ecuatoriano:

Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán en atención de las siguientes reglas:

1a. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento;

2a. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal;

3a. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso;

4a. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto;

5a. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes;

6a. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural; y,

7a. A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal.

Análisis

El artículo 18 del Código Civil ecuatoriano establece los mecanismos de interpretación de las normas, donde se plantea que el juez debe interpretar la norma con respecto al espíritu de la misma y considerar el principio de Favorabilidad.

También el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional menciona:

Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

1. Reglas de solución de antinomias: cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.

2. Principio de proporcionalidad: cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea,

necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

3. Ponderación: se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

4. Interpretación evolutiva o dinámica: las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales.

5. Interpretación sistemática: las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía.

6. Interpretación teleológica: las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo.

7. Interpretación literal: cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación.

8. Otros métodos de interpretación: la interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará con atención a los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación.

Análisis

El artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece los principios de interpretación de la ley, y la prioridad que se debe otorgar en cada caso que se presente (Torres, 2014).

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. En A. Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi.

Asamblea Constituyente. (2008). Régimen de Transición (2008). En A. Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi.

Corte Constitucional. (2008). Sentencia Interpretativa: 002-08-SI-CC de los casos acumulados 005-08-IC y 009-08-IC, *Corte Constitucional*. Quito

Código Civil ecuatoriano (2005)

Facultad PUCP. (2015). *Elaborar un informe legal*. Obtenido de Facultad PUCP: http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/08/Formato-para-elaborar-el-Informe-Jur%C3%ADdico-de-una-sentencia1.pdf

García, T. (2013). El FODA: Una técnica para el análisis de problemas en el contexto de una planeación de organizaciones. *Investigaciones del IIESCA*, 84-98.

Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (2009)

Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia (2009)

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009)

Torres, T. (2014). Factores que explican la relación principal-agente. *Equidad Desarro*, 137-163.

Recibido: 31/08/2017

Aprobado: 25/05/2018

Valeria Monserrath Sánchez Morales: Investigadora Jurídica Estudio Jurídico Cevallos & Noboa

Correo electrónico: monse-2498@hotmail.com

La Revista Facultad de Jurisprudencia (RFJ) de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador - PUCE es una publicación científica continua y semestral (Enero-Junio) (Julio-Diciembre) publicada por el Centro de Publicaciones y bajo el auspicio de la Dirección de Investigación de la Universidad. La modalidad de publicación continua cierra el 30 de junio y el 31 de diciembre de cada año. Sin embargo, la RFJ se encuentra abierta a recibir artículos a lo largo de todo el año. Su énfasis es el ámbito de lo jurídico y (entendido "prima facie" en un sentido teórico) su relación con otras disciplinas, saberes y ciencias. Puede utilizar el sistema de "especiales temáticos" en cualquiera de sus convocatorias. Aborda temas desde una perspectiva exegética, multi y transdisciplinar. Está dedicada al análisis crítico de la problemática nacional e internacional del derecho en todas sus áreas. Incluye artículos de investigación (científicos) y de forma alternativa revisiones, análisis de actualidad, resúmenes de investigaciones, recensiones de libros, notas de investigación, miscelánea y traducciones originales y/o divulgativas. La selección y evaluación de los documentos se realizada por al menos dos especialistas externos según la metodología de <<doble ciego>>, que mantiene el anonimato de autores y evaluadores. Por lo tanto, los artículos seleccionados para su publicación habrán: a) superado una preselección y revisión del equipo editorial; y b) cumplido con el sistema de revisión antes mencionado.





REVISTA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

ISSN: 2588-0837